

TRATADO  
DA  
PROVA EM MATERIA CRIMINAL

ou

EXPOSIÇÃO COMPARADA DOS PRINCÍPIOS DA PROVA EM MATERIA  
CRIMINAL, ETC., DE SUAS APLICAÇÕES DIVERSAS NA ALLEMANHA FRANÇA,  
INGLATERRA, ETC.

PELO

DR C.J.A.MITTERMAYER

DR C.J.A MITTERMAYER

PRESIDENTE DA CAMARA DOS

DEPUTADO, DO GRÃO-DUCADO

DE BADEN, PROFESSOR NA UNIVERSIDADE DE HEIDELBERG, MEMBRO  
CORRESPONDENTE DO INSTITUTO DE FRANÇA, ETC.

TRADUZIDO PELO ADVOGADO

ALBERTO ANTONIO SOARES ALBERTO ANTONIO SOARES

NA LIVRARIA DO EDITOR  
A. A. DA CRUZ COUTINHO

75

RUA DE S. JOSÉ

75

1871

**TYPOGRAPHIA DE FRANCISCO ALVSS DE SOUZA**  
118 RUA DO GENERAL CAMARA 118

I

## ADVERTENCIA DO TRADUCTOR

Um livreiro desta côrte, com quem temos relações, pedio-nos com urgencia a traducção desta monumental obra de Mithermaier, da versao fnnceza de C. A. Alexandre para o nosso idioma ; pois que estando esgotada a edição dessa versão, e nao podendo elle reimprimi-la, não poderia servir aos seus numerosos freguezes, senão imprimindo uma nqva traducção desta importante obra em nosso idioma.

Com o intento de lhe ser util, e aos 0que precisas da obra, en-carregamo-nos desta tarefa.

A urgencia exigida, e outros trabalhos importantes que actualmente prendem a nossa attenção, não permittirão que polissemos o nosso trabalho de modo desejavel no espaço de poucos mezes, e nem que lhe additassemos grande peculio de notas com o desenvolvimento correspondente, relativas à economia do novo processo, e à nossa organisa çao judiciaria.

Pedimos indulgencia, portanto, ao publico illustrado, e desde já nos compromettemos a brevemente dar à luz uma segunda edição desta versao acompanhada das referidas notas.

Conservamos as importantes notas do traductor francez (\*), e addiccionamo-lhes algumas nossas (S).

Kio de Janeiro, 20 de Agosto de 1870,



## PREFACIO DO TRADUCTOR FRANCEZ

O fini àa lei pénal é a repressão do delicto, mas antes de puni-lo, é mister verificar a sua existencia ; dahi a necessidade da prova.

Como fazer a prova? Como procurar a justiça os meios de uma apreciação certa do facto, e da intenção, qualificadora do crime ? Como dar ao niesmo tempo, à ordem social lesada as garantias de uma infallivel repressão, ao cidadão accusado as garantias dévidas ,â liberdade que a lei social promulga, ao homem, innocente talvez, as dévidas à sua segurança individual ? Problemas immensos, ciija solução comprehende a organização de todo o processo pénal !

Com razão se disse, que a lei, que fixa o modo\* e a taxa da pena, é menos importante talvez do que a lei do processo, que détermina as formas necessarias para assegurar sua applicação. Quando a prova é manifesta, a pena é sempre uma consequencia necessari ia, e portante ganha com isto a causa da justiça. Quando pelo contrario a prova é mal ordenada, a sentença, em lugar da verdade, pôde décrétai- o erro, em lugar do culpado, .condemnar o innocente ;, pôde fazer nascer em todos os espiritos a descjnfiança, e nelles destruir o respeitoâ lei em seu principio, que é a base sagrada da ordem publica.

Em 1836 a a en demi a das sciencias moraes e politicas propoz para objecto do premio extraordinario a seguinte questSo : « *Déterminai' os mei'>s, com cujo amilio se pôde com mais certeza estabclecer a verdade dos factos, que são o objecto dos debatesjudiciarios, quer em materia civil, quer em materia criminal.; comparar os diversos processo» empregados, para obier este resultado, pelos povos civilizados e fazer conhecer os sens ineonvenientes e vantagens.* Este programma, quanto a parte criminal ; já anteriormente tinha sido executado pelo sabio professor M. Mittermaier.

## VIII

Julgâmos que séria coupa util - fazer em França conhecido o seu livro a respeito do quai um critico distincto (\*) disse que podia *servir ao mesmo tempo de modelo e de lição aos legisladores, e aos jurisconivitos*.

Em uraa epoca em que as soluçOes até aqui dadas pela historia, e pelas outras sciencias politicasr, parecem dispostas a soffrer modificaçsês parciaes ou totaes, ou novas consagrações, importa principelmente pôr em relevo, para o legislador, o principio philosoph'ico das jurisdicçOes populares e suas consequencias légitimas com relaço a lei da prova, e examinar summariamente no dominio datheorîa, e dos factos, quaes os modos, quaes as formas, que correspondent ao fim da justiça pénal.

' Parece-nos que este livro offerece vasto campo de estudo ao jurisconsnlto, ao juiz, ao magistrado instructor principalmente, que tem pormissao investigar e fornecer os materiaes da prova. A lei denossopaîz deixa e deixará sempre vasta margem â consciencia do juiz ; mas dando-lhe por unica regra a voz da sua *convicção intima* ella quer que esta seja razoavel, e que se funde sobre graves motivos, dos quaes possa dar contas à sua propria consciencia, eraboranao as de ao publico. Dabi decorre, paratodos os espiritos serios, a necessidade do exame das bases fundamentaes da prova, das formas diversas da sua adminis-traç'ao, e sobre tudo das regras de apfeeiação que a lei, a logica, e a s5 experiencia recommendao. Neste sentido todoscom-^prehenderão o alcanqe pratico, deste livro. Nossos deveres de traductor exigiab- uma exactidao fiel na sua reproducçSo em nossa lingua, e o leitor deve sempre terem lerabranCa, quando encontrar algumas dissertações que lhe pareçfto pertencer ao dominio exclusîvo da jurisprudencià allemâ, que o autor teve em vista n&o &6 expôr os 'principios da prova derivados dos" pontos pbilosopbicos de direito, mas tambem investigar, e se-

(\*) M. Oh. Uiraud. Bévûe de législation et de jurisprudence. 1. 19 Janvriei 1844. pag. 144.

guir as suas applicaões positivas tanto no passado como no présente das principaes legislações europêas- Negar as vantagens de um tel systema, séria o mesrao que negar a sciencia da legislação comparada.

AlAm disso, este livro forma uma especie de introducção a uma obra mais complête, e mais desenvolvida. M. Mittermaier publicou um tratado do *Procmo criminal comparado*, que já chegou à sua quarta edição. Actualmente publica um *Tratado de Direito pénal comparado*, tendo já apparecido muitos volumes. Começamos a traducção destas obras, e se n&o houver embaraço, esperamos cbegar ao cabo cora a nossa empresa, e dotar a França cora um trabalho completo sobre a legislação criminal comparada, do quai cora justo titulo a sciencia allema p6de gloriar-se. Os alumnos das nossas escolas ahi acharao um esboço dos estudos, que lb.es faite, se bera que nao possa supprir inteiramente a palavra activa dos professores dos cursos especiaes de legislação comparada : os magistrados, os jurisconsultes e os legisladores, ahi acharao reunidos por quem nao é estranho a particularidade e alguma da sciencia, o quadro methodico de instituções seculares ou novas, cuja theoria e historiaé mister conhecer, assim como os seus inconvenientes e vantagens, para julga-las, aboli-las ou aperfeiçoa-las.

Sômente, para advertencia, lembraremos alguns esclarecimentos que apresentamos sob a ferma de notas, sempre que os julgamos úteis ao leitor, e concluindo, agradecemos cordialmente a M. Mittermaier o benevolo concurso que nos prestou ; as addições, que no3 remetteo manuscriptas, forao transcriptas embaixodo texte, as quaes, pelas particularidades que encerrao dao a obra um character de actualidade, que, sob o ponto de vista historico, poderia ter perdido em parte, pois que a sua publicação original teve lugar em 1834.

Reims, 5 de Marco de 1848.

## PRBFACIO DO AUTOR

Ha muito que se deseja saber, se a lei allema procedeu coní acerto organisât!do systematicamente as provas criminaes (\*) [ questao que nao pôde ser resolvida em terroos absolutos, por exigir o profundo exame dos monumentos législatives, e da praxe especial a cada estado. E' vendo-o funcionar que se pôde julgar o systema, e dizer se a sua tendencia principal é a salva-guarda da innocencia, se o seu fim exclusivo é a manifestação da verdade, e se o mesmo se conserva fiel as regras soberanas, que .présidera a sua investigaçso, combinadas com as nfto menos judiciosas da liberdade de consciencia do juiz. O estudo deste problema conduz natuçalmente ao dos principios fundamentaes do processo crimiuai, ao das formas accusatoria e inquisitorial, ao da influencia da publicidade do debate sobre a prova ; e finalmente a investigar se as prescripçOes da lei em materia de prova sao compatíveis com a instituição do jury. Nesta parte o autor nacla mais fez do que desenvolver a doutrina dos jurisconsultes inglezes, que tratarao da prova, de Chitty, Philipps, Starkie, Russel, e (recentemente) Greenleaf. As opinioes destes sabios bastao para fazer couhecer quaes as idéas dominantes em um paiz, em que o jury te m raizes tão antigas.

{\*) O systema *das provas légats* dominou tambem em França. A ordenação de 1670 foi para este paiz, o que a Carolina e as lots locaes forão, ha bem pouco tempo, para a Ailemanha. O traductor, relativamente a antiga legislação franceza, remette o leitor para a obra de Paustin Helié. *Historia do processo criminal*, cap. 9, onde encontrará minuoiosidades précisas e complétas ; - abstendo-se da comparação entre as legislações, pois que o seu estudo 86 mente offerece um interesse historico. Actualmente o movimento politico e social, que tambem impelle a Ailemanha, sem duvida nella fará necessariamente triumptaar por toda a parte a instituição do jury ; a prova légal desapparecerá como desapareceu em França depois de 1789,

**O autor** tratou de recorrer as fontes philosophicas da theoria das provas legaes, de sèguir os principios em todas as suas applicaçOes, de colher as soluçOes que a experiencia fornece, de examinar as tentativas de conciliação entre os diversos systemaas, e fazer sobresahir as differenças entre o systema allem&o, e o das legislaçOes ingleza efranceza. **Espéra** que os sens esforços não serao totalmente infructuosos.

Heidelberg, Janeiro de 1864.



## PARTE PRIMEIRA

«a prova em materia criminal» e do sua organização aiversa, conforme a sentença deva ser proferida» por juizes propriamente Alton (letrados), on polos jurados.

### CAPITULO.II

- IMPORTANCIA DA PROVA NO PROCESSO CRIMINAL.

As leis que decretam penas contra os seus infractores, mesmo as mais sabias, tornar-se-hão inuteis, se os culpados, que perturbassem a paz publica, despresando os seus preceitos, não fossem irremissivel mente condemnados aos castigos que ellas annunciao. A unica consideração capaz de impedir a pratica do crime, a unica e verdadeira garantia que a lei offerece a sociedade, é convencer o culpado da impossibilidade de escapar aos seus décrets vingadores e as penas que o delicto provoca. Um crime não punido origina dez outros novos, uma luta declarada empenha-se entre o delinquente e a lei fraquissima. Além disso, em todos os paizes em que a lei criminal se mostra rigorosissima (1) a consciencia publica a reprova, e a experiencia demonstra, que os crimes augment&o-se sô pela razão de que os delinquentes esperam, que o julgador antes quererá declarar a sua não culpabilidade, do que accusar-se depois a si proprio de ter cooperado para a applicação de uma pena excessiva.

(1) Vide as particularidades curiosas fornecidas por Wakefield no seu escripto intitulado. *Facts relating to the punishment of death in the métropole* (Documentes relativos á applicação da pena de morte na métropole.) Londres 1831.

Em toda a sentença proferida sobre a culpabilidade de nm accasndo é parte essencialj a que décide seo delicto foi com-metido, se o foi pelo acusado, e que circurostancias de facto deterrainao a penalidade ; quando-estes diverses pont os sso affir-mativamente resolvidos, a seguuda parte da sentença torna-se corollarão irirffiertiatio da primeira ; ao juiz cumpfê stSntettte applicar então a sancção pénal ao facto provado.

Tambera, desde que uni povo chega a' comprehender o va-lor das liberdades ci vis e individuaes, reconhece perfeita-mente, que se pôde converter o processo criminal em peri-goso instrumenta contra essas liberdades ; reconhece de sum-ma importa ncia, que estejam sabiaraente reguladas as pres-cripções legaes relativas à sentença, que se tem de proferir sobre o ponto de facto ; e que finalmente tem tambem sobre os seus Goncidadeso direito de vida e de morte aquell'es, que tem por missao decidir, se sao elles ou nSo culpados. Vio-se subir ao cadafalso muitas victimas immoladas pelo p'oder, sômente por terem repudia'do as idéas então dominantes, e todavia con-demnadas segundo pretendidas formas juridicas. Perdidas esta vao logo que os juizes, encarregados de decidir da proce-dencia ou improcedencia da accusaçilo, proferiao o terrivel ver-dietura de culpabilidade. Aos juizes de direito nada mais cumpria fazer do que pronunciar, sangrando-lh.es o coração talvaz, uraa condemnação capital.

Esta sentença que pronuncia sobre a verdade dos factos da| accusação tem pof base a prova. Fornecer a destes factos, . tal é a missao da accusação ; quanto ao acusado cômpete-lhe oontestar as provas adversas e sustentar as que o escusao. Om terceiro personagem, o jnia formador da culpa, estabelecea seu turno a prova dos différentes factos decisivbs do processo ; e, finalmente, os juizes baseao sua decisao sobre aquelles que conaiderao demonstrados. Corao se vê,a parte mais importante das prescripçOes legaes em materia de processo criminal versa sobre a prova.

Essas prescripções, em qualquer legislação, referem-se : 1.º A'B pessoas, as quaes a lei confia a decisao do pouto de facto.—Sao, oujurados (2), istoé, cidadãos escolhidos para cada causa, no seio dasociedade, a cujo verdictum o accusado, usando do mais amplo direito de recusação, subruette-se pre-viamente, como emanando de verdadeiros juizes ; —ou entao juizes nomeados pelo governo para conhecer e decidir em todas as causas crimes ; ao passo que os jurados nao devem seguir senao a sua intima convicção, sein obrigaç&o de expôr os mo-tivos, os juizes regulares, pelo contrario, sao ordinariamente adstrictos a certas regras de prova já previamente determinadas\*. As garant in s concedidas ao réo em relação à justiça da sen-tença a proferir-se, differem segundo o tribunal, perante o quai tem de comparecer, ou o do jury, ou o de simples juizes. Quando é o jury, são ellas de uatureza principalmente politica ; o accusado deve esperar que os sorteados dentre o povo,. e que, depois do julgameuto, volt&o ao seu seio, preoccupar-se-h&o em primeiro lugar dos perigos, que corre a liberdade por uma accusação injusta, e que, independentes do poder, erabora aos olhos dos seus orgaos podessero ser considerados convencãos do crime, terao a coragem de obedecer tao somente as suas con-vicções e absolve-lo, se é caso disso. E é principalmente nos crimes politicos, que o accusado pôde contarcom essa garantia, poique é julgado precisamente por cidadãos familiarisados com todas as circumstancias da vida social, altameute intéressa dos na manutenção da ordem, e consequentemente, mais aptos para examinar, se o facto imputaflo constitue uma real violação dos direitos do Estado, ou se esta comprelendido no exercicio legi-timo das liberdades civicas (3).

(2) Solire a uatureza do Jury ride o *Processo crimvnal comparado* do antor, 4\* edic. (Heidelberg 1315) cap. 42. e a Iraducción franceza, ib.

v3; Partindo deste motiva, certos escriptores., raesmo os quo considéras o jury totalmente insuficiente em. inateria de delictos ordinarios, desejão vê-lo applicado nas causas publicas. Vid., por exempta. Carmignani, *Teoria dette leggi sisurexxa sociale*, Pisa, 1832, vol. 4, pag. 865.

Quando o- acusado tem de comparecer perante juizes régulas, garantias de uma outra ordem sao-lhe concedidas, que desta vez provém da propria lei, porquanto a lei dizendo ao juiz : « Coodemnaras â, vista de tal ou tal prova », impede o arbitrio, e obriga o magistrado a apreciar o valor dos factos sômente pelos meios determinados ; ao mesmo-tempo ordena-lhe', pela declaração dos motivos que influirao no julgamento, a expender exactamente as razoes da sentence.

2." Os preceitoa da lei relativos a prova referem-se tambem aos meios postos à disposiçao do juiz instructor para descobrir a verdade. Aqui dous systemas apresentao-se, de cuja applicação decorrem graves différences : ou o legislador autorisou a tortura, ou entao, prescrevendo todo o constrangimento, circumscreveu a acção do formador da culpa (4) [*inqwrent, juiz instructor*) emiim circulo de meios probatorios, derivados imroediamente dos principios ministrados pela razao e pela experiencia dos tempos, como eminentemente favoraveis à indagação e manifestação da verdade. E ainda aqui apresentao-se dous systemas diversos; n'um, a lei autorisa em materia criminal os meios empregados no processo civil, o juramento porexemplo; n'outro, os repelle como nao podendo ter valor no processo crime, que nao poderia tolerar ao accusado, por exemplo, o abandono dos seus direitos.

3.º Emfim e principalmente o systema da prova légal varia, conforme a lei prescreve, ou nao, regras ao juiz de facto ; e em ultimo caso conforme tem determinado peremptoriamente, nao sô o número de provas necessarias à sentença affirmativa, como tambem todas as outras condiçOes de probabilidade exigidas, de sorte que se estas se acharem cumpridas no processo, é o

(4) O systema das penas denominadas de *desobedieneia* (que extraviarão tantas vezes o legislador) conduz bem depressa na realidade ao processo do constrangimento. que torna perigosa a investigaço da verdade. Yid. Arnim. *Dos delietos e das penas* 1, pag. 32. Vid. o *Processo criminal comparado*, Ut. I, cap. 82.

juiz obrigado a considerar a prova. «omo existent^ ou conforme temaMnlimitado aestabelecer certos laites, a quem dos quaes tal prova de tal ou tal natureza nao pode^amotiyar uma condemnação (a existencia, por exemplo, de uma testemunha sômente}. Quanto mais severas forem as regras da prova, quauto mais restricto fôr o número das admissiveis, tanto mais tambem diminuirao as sentencas condemuatorias, e tantamais ver-se-hao surgir disaidencias entre as decisOes da opiniao publica, e as proferidas pelojuizj escravo das prescripções leaes. A' medida que cresce a dissideucia, os cidadãos lastimao a inefficacia da justiça pénal-, e a'impunidade desagradavel concedida a indivíduos pelo clamof publico declarados criminosos.

Os motivos que guiao o legislador, determinando as regras da prova, sao os mesmos geraes, que presidirao à toda organisação do processo criminal. Sao: 1\*, o interesse da sociedade, a necessidade da punição do criminoso; 2°, a protecção dévida as liberdades individuaes e eivis, que poder-se-Mao acabar gravement» compromettidas pelo processo criminal ; emfim, 3", a necessidade de nunca punir-se um innocente.

O primeiro motivo deve estimular o legislador a concéder toda a liberdade à apreciação do juiz de facto, porquanto regras excessivamente restrictas poderiao obstar a condemnação do culpado ; mas emquanto trata de alargar o circulo das provaí sobre que deve fundamentar-se uma condemnação, e de nao amontoar prescripções nuraerosissimas e severas quanto as condiçQes de probabilidade a exigir'de Cad a uma délias ; emquanto finalmente, receia, que, pelafaltado cumpriraento de uma simples condição,o culpado escape à pena merecida ; entao, outros motivos, os de que fallamos em segundo lugar, vem tambem pesar na balança. Nao deverâ temer que um juiz nienos babil, menos familiarisado com as apparencias enganadoras de certos meioa de prova, deixe-se levar ao ponto de conceder-lb.es um crédito exagerado, que de certo nao lhes concederia se tivesse mais experiencia? Movido por estas considerações novas o le-

gisiador preferira erigir algumas condições mais, antes de declarar tal ou tal prova admissível ; erigira em regras geraes certos motivês de escrupulo y que actuaõ ordinariamente no juiz,, quando examina o valor do documento apresentado. |S)i Este receio de condemnar o innocente lèverao legislador a restringir o mais possivel o modo de prova aceitavel e décisive no pïocesso, e a lei a esse respeito manifestar-se-ha mais ampla,ou mais rigorosa, conforme quaesquer destas considêra eues oppostas que iunuiem no aninio de seu autor. Quando se tem collocado no seguridô ponto de vista o legislador nao ousa por exemple autorisar .a condemnacao baseada no concurso sômente de indicios, recordando-se de quantas vezésé fallaza prova artiiciak esforça-se em evitar o azar de uma condemnacao injuste, exigindo o cumprimento de uma multidao de circumstaneias para que se profira a sentença affirmativa. Quando, pelo contrario, esta preocupado de preferencia com as necessidades da segurança publica, e da utilidade da punição des culpados, deixa o magistrado decidir, segundo o seu criterio, se os indicios, em tal caso dado, fazem ou nao prova plena ; contenta-ee em estabelecer algumas regras de theoria gérai autorisadas pela experiettda, que advertem e previnera sufficientemente o espirito do juiz, evitando todas as prescripções, todas as prohibiçCês absolûtes. Nao é sômente no final do processo, no momento em que a sentença définitive vai decidir se é verdadeira"» aceusação, se a culpabilidade existe, que o problema do valor das provas produzidas se apresenta, é tambem no correr, e em cada uma das phases do processo : o juiz formador daculpa, com effeito, deve examinar se tal crime foi verosimilmente commettido, se

f5) Citemos, **por** exempta, as regras estabelecidas pelo **legislador** para o exaïne da prova résultante dos *indicios*. Procêdera prndentemente sem dn-vida, advertindo ao juiz, que no processo deve haver necessariamente concurso de indicios *anteriores e concumitantes* ; mas, ainda 0 repetiuosj subrhettér a **prova** a condições absolutas, séria pear a convicçSo inteligente do inagistrado, e obrigalo a absolver muitas vezes verdadeiros culpados.

tal ou tal pessoa é délie culpado., e consequentemente se deve proceder a taes ou taes diligencias. Esta questao offerece-se ao juiz todaS as vezes que examina ; 1.\* Se pôde proceder contra iima pessoa determinada ; 2.º Se as presumpçoea são bastante graves para autorisar uma prissee; 3." Se estao cumpridas as condiçOes que autorisao a pronuncia ou se (quanto ao processo allemão) pôde passar ao processo espécial da formação da culpa (S)

(S)0 nesso Oodigo do Processo arts. 144 e 145 siattsfaz em grande parte a estes requisitos, mas desejavamos que a hem da pa« publica, ado soeogo do cidadão, admittisse que o accusado tambem podessa dar no juiza da formação da culpa em sua defesa a mesma prova summaria, que ao auctor é permittida. Que inconveniente baveria uisso ? Pois assim como com docnmentos pôde o accusado destruir as allegações do autor, e itiidir a sua prova. e presumpções, tembem poderia com testenmnhas. E verdade que nisso ae levaria mais alguns dias, mas não valeria apena, em troco desse pequeno inconveniente, obter-se maior garantia para o cidadão ? Na formaçSo da culpa o autor é mais favorecido do que o réo, contra as regras geraes do processo

Dizem que não ha uisso inconveniente porque a sentence da pronuncia não jttlga, e não condemna,- mas o cidadão pôde soffrer muito pelas consequencias da pronuncia, não obstante não ser condemnado ; bas ta attender-se para a privaço do exercicio de certos direitos, para a prisão, ou para a fiança, que muitas vezes é excessiva em relação a certos individnos, e para o espectaoulo judiciatio do jury. Se o inconveniente, que os apologistas da disposição légal apontão em contrario, é a demora em concluir-se o processo da formação da culpa e por conseguinte mais f&cilidade de escapar-se o criminoso, pôde ser facilmente removido» concedendo-se-lhe uma dilacão fatal e brève antes da pronuncia, ou mesmo depois desta a da fiança, on da prisSo nos crimes inafiançaveis.

NSo cremos que neste systama de processo haja usurpação das attribuições do jury, porque a este Bca sempre reservado o conhecimento plenario do facto, competindo ao formador da culpa sômente o conhecimento summario independente de mais alla indagação. E de mais, segundo o processo actuel, o juiz summariante sempre prejnlgã & vista dos documentos apresentados pelo réo ; ora segundo o nosso systema continuará a prejudgar sempre brave e snmraariamento com mais uma garantia para o réo. f-j

Alguns jnizes e autoridades ainda acanhSo mais a disposicão légal por uma interpretação jndaica, ou applicando mal certos prineipios. Assim nos crimes de natitreza complexa, cuja existencia dépende da verificação de certas condiçSes legaes, negão-se a tomar conhecimento da defesa puramente jnrídico réo, que consiste em demonstrar. que exigindo o direito que se verifl-

## CAPITULO H

## HISTORIA DO PROGRESSO DAS IDEIAS EM MATERIA DE PROVA.

Todo3 os povos, mesmo aquelles que ainda se acham em lugar inferior na escala da civilisaçSo, possuem certas nocões sobre a economia da prova, e por consequencia sobre os meios facultados ao accusador ou ao accusado, afim de convencerem os juizes da verdade de suas allegaçOes sobre os motivos de prova, nos quaes terao de basear a sentença.— Em toda prova, qualquer que ella seja, destingue-se a idéa de uma verdade formai, ou de uma verdade material, que é o seu objecto, isto é, no primeiro systema, sem ter em consideração a intima convicção do juiz, ou os motivos de decidir fornecidos pela razão e pela experiencia, a lei força-o a considerar verdadeira tal demonstração, fundada somente em certos motivos puramente formaes ; no segundo, pelo contrario, tem o juiz o direito de basear sua convicção nos meios os mais seguros para chegar à verdade ; aqui, as regras estabelecidas pelo legislador originam-se do principio que vem sancionar os unicos meios de certeza, mais conformes ao seu fim, à verdade absoluta (1). Se, por exemplo, a economia da prova concedesse uma grande influencia as presumpções legais, por isso se preferiria o systema da verdade formai, em opposição as legislações modernas, cujas tendencias em geral encaminham-se para verificar a material. Essas mes-

quas e taes circunstancias, para se considerar existir tal crime, e não se achando verificadas, não pode o juiz julgar ter pleno conhecimento da existencia do delicto, que não existe ; por isso, dizem elles, isto já constitue defesa do réo, e portanto deve ser apresentada no juizo plenario, sem reflectir que esta defesa, que nada tem com as atténuantes ou justificativas, e nem com a excusa da pessoa do delinquente, mas somente versa sobre o pretendido crime, base de todo o processo criminal, e nem depende de alta indagação, acha-se virtualmente permittida no art. 145 que prohibe ao juiz proferir a pronuncia sem pleno conhecimento do delicto.

f) Betham-Holweg. Ensaio sobre diversas partes do processo civil, pag. 852.

.



mas tendencias, até um certo ponto, domina» também a êwp nomia da prova em um povo poucô civilisado, naqual os indî\* viduos e os juizes, paulatinamente e quasi sein intençSo premeditada, formulao para si certes théories afim de decidiretn o melhor possivel da Verdade dos factos. Existe no fundo destas idéas uma especie de logica de Instinct» dirigindo as suas investigações (2).

As opiniOes nacionaes (3), certes preconceitos moraes ovt religiosos (4), certas instituições politicas, influem directamente no systema da prova.

A fê, porém, depositada nos *conjuratores* [*Eideshelfer*], a confiança nos *ordalios* (juizos de Deos), testemunhao em alto grão varias tendencias para o principio da verdade formai ; o que pôde ser considerado como uma consequencia da crenca enraizada no povo, de que a voz de Deos acaba por descobrir a verdade e auxiliar o bom direito ; quanto aos *conjuratores* deverao também a sua origem à essas antigas tradiçOes de mutua solidariedade, notaveis nas sociedades germanicas (*Gesammburgschaft*) (5).

Os juizos de Deos constituera meios de prova decididamente formai, obrigando o juiz, embora opponha-se directamente a sua convicç&o ao resultado, a tomar este por base e motive decisfao da sentença. Mais tarde uma circumstancia capital influirâ poderosainenté no desenvolvimento do principio da prova entre os povos, e farà repellir a instituiçao dos juizes regulares conhecendu do facto : fajlamos da idéa precoz do senso politico e das opiniõesliberaes ; entao o cidadão quer ver as liberdades communs ao abrigo dos ataques possiveis do podet:

(B) Oarmignani. Das lois vol. 4 pag. 58.

(3) Por enemplo as que dizem respeito ao duelo judiciario.

(4) Por exemplo os que dizem respeito ao juizo de Deos.

(5) Biokes, Thesaur, ling. sept, in dissert, prælim., p. 85, — Sohildener, Investigações sobre o direito germaniço, p. 84; — Grimm. Antiguidade dos direito» p. 860.

essas opiniões mostr&o-lhe» no juiz de facto, nm homem de posse de um ;terriyel, instrument», tudo, podendo sobre a fortuna, honra, vida de sens concidadaos : ensinao-lhe finalmente que, para melhor garantir a segurauça-e liberdadê indiyidûaes', nao é ao magistrado, mas sim ao «orteador. para cada causa, a quem, se deyerà confiar tao importante decisao. Km tal povo a convicção intima do juiz constituirà lei, e o legislador em materiadeprva contentar-se-ha corn algumas, regras geraes. Desde que pela contrario o magistrado é juiz tambem de facto, o legislador érige logo, cotno regras de apreciação da prova, certos principios conaagrados pela experiencia usual, limita a liberdadê do julgameutOj « nao permite, por «xemplo, a couderanaçfto, se hou ver uma s'ô testemunha, ou ainda déclara peremptorias certas prova» simplesmente formaes, por exemplo: o *juramento* ou as *presumpçôet legaes*. i

Quem. estudar as disposiooes da lei romana sobre a prova em materia crirainal convencer-se-ba facilmente de que nenhuma regras especiaes poderao entrar no System a de processo seguido na Republica (6). Nesta época, era o povo quem pronunciava,. reunido em comicio por.centuaria<sup>3</sup> ou tribus, e desde então uma apreciação juridica das provas (7) nao era consa possivel. (S).

(6) E' certo que o acusado se esforçava em produzir todas as provas possíveis, de qualquer natureza que fossem. O estudo das Verrinas o convence.

(!) *On laudatores* (testemunhas da boa reputação do indiciado) representante entre outras um papel importante. Tratava-se de produzir o maior número possível. Rosshirt, *Arch. de Dirtito Criminal*, 11, p. 392.

(S) O processo no tempo da realeza é desconhecido : ora o rei julgava sô, ora com o senado, e ora delegava a jurisdição a duumvires e questores, mas ainda se ignora a forma e marcha do processo, e nom mesmo se sabe, se a appellação para o povo era uma excepção à regra, concedida em certos casos, ou se era regra gérai. Dêpois de estabelecida a republica, a lei Valeria, dentro dos limites de Roma, deu aos comicios a jurisdição suprema. e elles decidião em ultima instancia de todos os processos ; e fora desses limites o consul reassumia todo o *imperium*. A lei das 12 taboas confirmou o processo da lei Valeria, cuia promulgaçSo foi por mais de uma vez repetida ; e a. lei Porcia.

Reunindo à autoridade legislativa o direito de graça e o poder judicial, o povo, cencebe-se, deitava-se levar pelos serviços anteriormente prestados, era movido por mil considerações diversas, e muitas vezes absolvía um criminoso (8) já então nada separada a questão de facto da de **dirai** (9.)>, as **ior**-mulas usadas *absolvo, condemnno*, continhaõ uma e entra decisao.

Os *Justices dos Quæstiones perpetuæ*, erão juizes populares, que seguião somente a sua convicção, e que, tendo contas a dar, não podião deixar de attender à opinião ou influencias politicas. Todavia cedo foi posto em pratica certas fôrmas concernentes à inquirição de testemunhas (10), e ao valor probatorio dos documentos; e na tortura se pôde encontrar já mais do que um germe da prova formal, pois que os *Judices* erão obrigados a aceitar os seus resultados como probatorios. Ve-se finalmente que as *Leges* prescreverão sobre a materia, quando

fi i

para assegurar a execução da lei Valeria, decretou penas contra os magistrados que violassem as disposições d'aquella. Também a promulgação da lei Porcia foi mais de uma vez repetida, pois que a sua missão era proteger o cidadão contra o arbitrio e a violencia dos consules, determinando que nenhuma sentença consular de condemnação capital seria posta em execução antes da decisão em última instancia dos comícios. Estes erão nos primitivos tempos compostos somente de patricios (curias) mas depois que o principio democratico começou a desenvolver-se foi creado o comício por centúrias, que na república veio adominar exclusivamente, quando as envias cabirão; Os comícios por tribus não tinham jurisdição senão para conhecer de certos crimes, e decretar certas penas pecuniarias. Portanto o povo reunido em comícios decidia absolutamente de facto, e de direito, sem attenção a regra alguma da prova, e como entendia em sua consciencia. E. Labonlaye. *Eisai sur les lois criminelles des Romains*; Faustin Hellie, *Traité de l'instruction criminelle*."

(8) Feuerbach, *Ensaio sobre a utilidade dos processos e a discussão oral*, 2G9

(9) Oarmignanl. *Dos leis* 1. 4 p. 244.

(10) Brissotinas, de *Formulas*; p. 246.

determinarfy,, relitivamente a tal ou tal delicto, quaes as pessoas excluidas, quaes as admissiveis ao depoimento (11)(S).

(11) i. 3» S 5. L. 13 e 18, dito de Testibus. (S) A. primeira destas leis. refere-se à lei Julia de *vi cætetur*, que prohibiu que o liberto depuzesse em causa do seu ex-senhor ou na do filho Jeste, assim como prôhibiũ que depuzessem em qualquer causa certas pessoas, cujo depoimento não poderia m& recer fê em razão de serem indignos ou infâmes, como as meretrizes, os condemnados. os que locassem os seus serviços para nos circos combaterem com as feras, e os condemnados por terem recebido dinlieiro para depbrem. A segunda contém um preceito de Modestino relativo ao depoimento dos condemnados como calumniadores, que não estavam inhibidos de depôr por lei alguma anterior. A terceira contém uma decisão de Paulo, que referindo-se a lei Jnlia, que prohibe que deponha a mulher condemnada por adultείο, conclue que podem depôr as outras, que não estiverem nasse csso.

(S) As *Quæstiones perpetuæ*, commissões ou tribunaes permanentes, erão formados de jurados que tivessem a idade légal (a principio de trinta, e depôts de 25 an nos), alistados annualmente pelo pretor nas três classe dos senadores, cavalleiros, ou patricios. e. tribunos do erario, conforme o censo estabelecido pela lei Pompea, e do pretor, que como prêsidente do tribunal tomãva o nome do questor. As classes, das quaesetiravão os jurados, forSo depois augmentadas, O pretor era escolhido pelos comicios. Esta instituição adquirio o seu completê desenvolvimento no VII seculo. da era rpmana., e nella é que se deve ir buscar a origem do nosso jury, e não no pncesso j,u~ diciario dos barbaros germanos, como snppoz Montesquieu.

O pretor, quando não podia presidir ao tribunal, delegava as suas attribuições a um cidadão, que tomava o nome de *judex quæstiones*. O prêsidente, com quanto não votasse nos julgamentos, nelles intluia consideravelmente, porque era elle qnem formulava os quisitos, sobre os quaes tinha o tribunal a pronunciar-se, e aient disso dirigia os trabalbos, e fazia a policia do tribunal.

O pretor assemelhava-se ao nosso jniz de direito, e os *judices jurati* aos nossos juizes de facto : o primeiro tinha *Ajurisdictio* e o *imperium*, e os segnndos a *cognitio*,

A marcha doprocesso criminal era a seguinte:

Quem queria accusar alguém dirigia-se ao pretor, e pedia-lhe permissão para o fazer, jurando que de boa (é, e sem calomnia o fazia : era o que se chamava *postulatio*.

Permittindo o pretor, o accusador designava o crime, e a pessoas contra quem dava aqueixa, e pedia a sua citação—*nominis oucrimenis delatio*.

Gomparecendo o accusado, e sendo interrogado, o pretor mandava tomar o interrogatorio por termo. assignado por ambas as partes. e nessa mesma oocasião estabelecia os quesitos que devião ser decididos pelo tribunal : era o que se chamava —*inscripUo*, que não podia mais ser alterada até final. |

No Imperio cahem os antigos tribunaes judicarios ; entretanto ainda nao fracciona um systema de provas legaes tal

Depois destas formalidades, o pretor recebia solemnemente a accusação contra o accusado, e designava o dia em que as partes tinhSo de compare-car perante o tribunal — nomitti\* *receptio*, que équivale a nossa pronuncia. Depois da *nominis receptio* o accusado ficava privado do exercicio de certas direitos.

Ko intervallo tanto o accusador, como o accsuoado recebiSo do pretor um mandado —le\*—, com o quai podiSo ir busoar, examinaí?, e preparar-se com qualquer prova que entendessem conveniente, obrigando a qualquer pessoa a exhibir documentos, e a depâr como lestemunba.

No dia designado, aberta a audiencia, o arauta apregoava os jurados, as partes e seus defensores—*eiſbantur apræconeprcetorio*.— Nũo conpaicendo o accusador, o processo findava por perempção, e não comparecendo o accusado *ipso-facto* era condemnado segundoaqueixa, salvo se constava ter-se exilado, porque então o tribunal limitava-se a decretar o exilio perpetuo. O' exilio era um dos modos de extinguir o processo criminal, porque era entre os romanos considerada penamuito grave o exilar-se, ou perder a qualidade de cidadão.

Depois de apregoados os jurados, e as partes, o pretor tirava de uma nma por sorte os nomes daquelle«, que devise formar o conselho (' *nsilium*), os quaes, além da escusa propria motivnda. podiãb ser recusados pelas partes, sem declaraçSo do motiyo até ao nlthno, o que obrigava o pretor a fazer um segundo e ultimo sorteio, não se sabendo hoje ao certo quantos ainda as partes podião recusar neste.

O tribunal podia tSobem ser composto por'outro modo, *editio*. Em lugar do sorteio, ambas as partes propunhSo 100 jurados. e cada uma délias podia recusar 50 do contrario ; os 100 restantes compuuhaO o tribunal ; mas este inodo foi abolido pela lei Oornelia *repetwnderwn*. Havia outra forma da —*ed.tio*—, e consistia em propôr o accusador 4 tribus, podendo o accusado délias recusar uma; parece porém que esta era especial aos processos da lei Lieinia *soldaliciis*. O que é certo é que o sorteio foi a regra gérai depois do VII seculo.

Nomeâdos os jurados, estes prestav&O juramento, e d'alii lbes vem o nome *iojwati* ; e logo em seguida o accusador dedusia oral mente a accusaçSo, e o accusado da mesma forma a defesa, por si ou por sens detensores (*patroni, advocati*). sem replica, e nom tveplica, mas tendo cada um o diteito de discutir directamente com o seu adversario [*allercationes*), tudo deuto do es\* paço de tempo que a cada um fosse concedido, e que era regulado pela elepsydra.

ErSo interrogadas depois: as testerqunhas, sob juramento, pelas partes que as produsião, ou seus defensores, e findo, o intorrogatorio os juradas julgavão, votando por escrutinio secreto, e escrevendo cada um o seu voto do se-

como hoje entendemos, adstringindo o juiz a considérer como demonstrado, por exemplo, todo o facto provado pelo depoimento pelo menos de duas testemunhas (S/.

gninte modo : A, que queria dizer *absolva*, C, que queria dizer *coniemno* e M, S, que queria dizer *non Uquet*. Ssto é, que nSo estavSo suffi te informados para julgar, e remettião o processo a novainstancia. Oada jurado era obrigado a escrever oseu voto, sem que ninguem visse, en deposita-lo na urna cora o braço nù, e occultando a letra. Por utua excepcSo ereada pela loi Servilia nos processus de concussão, os jurados erão obrigado? a decidir no mesmo dia, depois de uma segunda audiencia, que tinha iugar posteriormente as provas, e que se chamava *ctmperendinatio*.

Dos julgamentos proferidos pelas *i/uæ-ilianes perpétua* nSo havia recarso algum, nem para o povo. como nos processos anteriores das commissões delegadas ou dos comicios.

Nem todos os crimes se processavSo perante as *quæstiones perpétua*; estas sô podião conhecer daquelles que jâestivessem determinados ein leis especiaes? os outros erão julgados exclus!vamente pelo senado, consul, ou pretores ; de sorte que durante a republica havia duas formas de processo — o das *quæstiones perpétua*, que tomava a denominação *depuhlica judicia*, e que era a regra, e a do senado ou consules ou pretores exdusivamente, que tomava o nome de *judicia exlraordlnaria*. O direito de accusação pertencia a todos os cidadãos, e se não apparecia accusador, o crime ficava impune, porque era então desconhecido o direito da sociédade de fazer punir os crimes, que affectassent mais profundamenle a ordem publica.

Todo o processo se fazia publicaiente à excepção do voto. Autores citados e Delpon, Essai sur l'Histoire de l'Action Publique ; Trebutien, Cours élémentaire de Droit Crim.—, 2<sup>e</sup> Partie, Chap. 1.

(S) A institniçSo assim organizada continuou por algum tempo no imperio. Tiberio deu-lhe o primeiro golpe transferindo para o senado o julgaments dos crimes politicos, que comprehendiSo pela sua importancia muitos crimes particulares, e dando ao mesmo senado a attribuiçSo de nomear os pretores, e os outros magistrales, que anteriormente pertencia aos comicios. Já antes Augusto tinha conferido jurisdicçSo ao senado e ao prefeito urbano para conhecer de certos crimes publicos. Mas a instituição durou seculos ainda, porém cada vez mais enfraquecfda, até que cedeu o passo a novos trjbunaes com nova organização. Depois de Dominiciano as *quæstiones perpétua* dao poucos signaes de vida. A.' proporção que estas definhavão as attribuições do senado e dos prefeitos augmentavSo.

A forma do processo era a dos *judicia extraordinaria*, que se tornou a regra gérai. O processo e as penas erão arbitrarías. Por este processo forão julgados os christãos. As *quæstiones perpetuæ* forSo annal abolidas por Deocleciano.



Os juizes obedecero à sua convicção somente como anteriormente. Todavia os imperadores decretão as constituições algu-

A instauração não podia mais subsistir, não só por causa da corrupção, que profundamente lavrava no seio do povo, e que fazia depender a sorte dos julgamentos da maior riqueza ou maior influencia de qualquer das partes, como porque nos últimos tempos havia grande dificuldade em reunir-se o *consilium*; pois que os cidadãos evitavam, um outro, que nenhum proveito lhes dava.

Estes novos tribunais judiciais foram instrumentos do arbitrio, violências e crimes dos cesares, e nem mesmo Trajano, sob o qual elles floresceram, conseguiu curar esse mal de origem. Os novos tribunais cairão também, assim como as *questiones perpetuae*, quando foi creado o tribunal do imperador e o seu conselho. (*sacrum consistorium*)

O processo seguido nos tribunais creados no tempo do imperio era diverso do seguido nos tribunais republicanos. Nestes havia garantias tanto para o accusador como para o accusado, formulas que asseguravam a justiça, publicidade, dilações, e regras especiaes para cada crime em instancia.\*O senado porém era tribunal supremo, que podia ou não receber a accusação, que podia a seu arbitrio abolir as formulas, ou ordenar as que quizesse em cada processo. A parte não podia com facilidade accusar, por si ou por seu advogado; era forçado a recorrer a um senador. O imperador, como consul e presidente do senado, dispunha soberanamente da sorte dos processos. O julgamento era feito do seguinte modo: um dos senadores propunha-o de certo modo\* os outros, ou concordavam, ou faziam propostas diversas; e a proposta, que obtinha maioria relativa, era a que decidia. (*discessio*)

A sentença não era proferida em presença do accusado, mas depois de escripta era-lhe intimada pelo questor em nome do consul. Dê-la só havia o recurso de graça para o imperador.

O processo não se fazia publicamente, pois que, além das partes, só podia ter entrada no senado as pessoas, que tinham esse privilegio. A tortura, que no tempo da republica só era applicada aos escravos, foi applicada também aos homens livres no tempo do imperio.

Todavia a par de muitos vicios do novo processo, que em grande parte se devem attribuir à decadencia dos costumes, alguns principios novos, hoje considerados salvadores no processo moderno, entrarão na organização e marcha do processo no tempo do imperio, principios que poderemos considerar como conquistas da philosophia stoica, e da religião christã. Trajano firmou o principio de que é melhor deixar impune um criminoso do que punir um innocente, e dahi concluiu que não se podia condemnar um ausente só por esse facto, lei 5ª *Dig. de pœuis*. Então era o accusado auctorizado para comparecer sob pena de desobediencia, e se não comparecia, era punido com esta pena, mas não com a da accusação,

No tempo da republica não havia recurso das sentenças, e o condemnado muitas vezes era victima das paixões do momento. Deocleciano estabeleceu

mas regras de prova; militas repelleram o depoimento de certas pessoas ; e outras declararam que tal e tal genero de prova (por G regulou a appellação em todas as causas criminaes para o principe, ou para o tribunal dos *judifes sacri*.

No tempo da república todo o processo era verbal ; no imperio, as principais peças do processo eram escriptas, e portanto mais duraveis e prestando-se mais à reflexão.

No tempo da república, se não havia auctor, os criminosos ficavam impunes; no imperio. nos crimes que mais profundamente offendi a ordem publica, nomeava-se um auctor publico em falta de particular. Pode-se considerar esta innovação como um germen da instituição do ministerio publico.

Durante a república o processo da instrução era feita pelo auctor munido do mandado judicial — *lex*—. No imperio depois da abolição dos *publica judicia*, esse processo preparatorio era feito pelo juiz que conhecia do crime, e que podia mandar prender prevenirmente o accusado, quando se tratava de certos crimes, o que anteriormente não se podia fazer, poisque o respeito à liberdade individual era tão grande, que em caso algum o accusado podia ser preso, senão depois da sentença, podendo este prestar em todo o caso fiança.

Estas além de outras considerações são sufficientes para demonstrar que se o processo criminal perdeu alguma coisa com o imperio, ganhou o direito por outro lado.

Contra a corrupção dos costumes é que não havia remedio, e essa corrupção\* começou no tempo da república. O direito nunca floresceu tanto como do seculo de Augusto por diante, isto é, na decadencia da república e no tempo do imperio, na época classica, e na época christã; e se bem que nesta ultima não apparecessem genios, como no periodo dos Antoninos, todavia o direito, e mesmo o processo no tempo de Justiniano eram superiores aos do periodo classico sob o ponto de vista da razão e da equidade, não obstante ser lhes inferior sob o ponto de vista da logica e do methodo. Triboniano, alterando os textos dos grandes jurisconsultes, para os pôr em harmonia com o desenvolvimento do direito, mereceu severa censura perante a arte, mas elogios perante a sciencia pratica, pois que prestou grande serviço à causa da humanidade'.

A philosophia e caridade christã se devem, mais do que a philosophia stoica, o aperfeiçoamento no direito e no processo, e o melhoramento das penas.

Para se conhecer que o direito e o processo progrediram, basta recordar que foram conquistas do imperio. e principalmente o do periodo christão, a reconstituição da familia sobre bases mais naturaes, dando-se ao parentesco real os mesmos direitos que ao parentesco civil; abolindo-se a differença entre agnatos e cognatos ; elevando-se a mulher ao nivel do homem ; regulando-se de um modo mais justo e natural a transmissio *inter vivos e causa mortis* ; abolindo-se a differença entre as cousas *mancipi* e *nec numepi*; igtialando-



exemplo o depoimento de uma testemunha) não poderia con-  
vencer (12) (S). 3

Argumentando com a *lei ulla Cod. de probationibus* (S) pode-se demonstrar que nos ultimes do Imperio certas idéas se tinham formulado pela pratica judieiria, relativas aos meios probatorios a fornecer ao processo antes de poder ser a prova considerada perfeita (13) (S) todavia jamais se deveria ir busse a todos os respeitos o dominio quiritario e a *possessio bonorum*; prohibin-do-se as prisées arbitrias pot dividas, e inesmo as prisées preventivas dos individuos, salvo em caso de necessidade reconhecida; roelhorando-se<sup>a</sup> sorte dos presos e coudemnados ; delerminando-se a rapidez nos seus processos, e a 'visita semanal dos juizes as prisées para inquirirem da sorte dos presos. e dos motivos das prisées, aflm de providenciarem a respeito. En fi m no nltimo periodo a organização judieiria thbnoa-se mais uniforme, e os recursos melhor graduados dos magistrados inferiores para os su perfores, e destes para o imperador.

Se o Christianisme não fez mais, foi porque nSo pôde extirpar de todo as profundas e seculares raizes, que o paganismo tinha creado nos costumes de urne sociedade profundamente corrompida ; e tanto mais que nessa luta o christianismo não podia empregar todas as suas forças, parte das quaes era obrigado a distrahir para combater as heresias. Por isso a idade moderna recebeu ainda os tristes legados dos tormentos, como prova judieiria, e a escravidão. Laurent, *Histoire du Droit desyens*, Tom. 4; Troplong. *Influence du Christianisme sur le Droit civil des Romains* ; Thierry, *Tableau te l'Empire romain*.

(12) L. 9 g 1, Cod. *de test.* — (S) Prohibe expressamente que se faça obra pelo depoimento singular de uma testemunha, ainda que esta se ache revostida da dignidade sénatorial.

(S) *Saibão todos os accusadores que não dtsvem denunciar d jusliea senão naquillo, que for provado por testemunhas idoneas ou documentos clarissimas, ou indícios indubitaveis e mais claros do que o dia.*

(18) L. 10,11 Cod. *de testibus*. (S) A primeira exige que as testemunhas sejam livres, e não tenham interesse na causa. A segunda détermina que so uma testemunha for recusada por ser escravo, aamrmar ser livre, deve-se primeiramente decidir esta questão h vista das provas fornecidas ; e se jurar que o titulo da sua alfoma. que não trouxe consigo. esta em diverso lugar, o seu depoimento deve ser tomado, para ser depois admittido ou repellido à vista do referido titulo; e além disso détermina que seja recusada a testemunha, entre a quai e a pessoa contra quem vai jurar, houver processo crime, antes do seu julgamento ; não assim se o processo for pecuniario ; porque neste caso deve-se tomar o seu depoimento, e remetter as questées a respeito desta suspeição para a discussão da causa.

«.

car na legislação romana um systema de regras absolutas e especificadas. Os jurisconsultos de Roma pouco importavam-se com o estabelecer uma theoria especial, contentavam-se apenas com algumas observações (14) (S) com alguns conselhos (por exemplo sobre o epme da procedencia do uma confis-<sup>15</sup>) (S.) (»)

(14), Exemplo : sobre a apreciação da fiança devida as testemunhas: Lei 3 Dig de Testib. (S). *E' certo que a causa soutenir, provada por testemunhas, sem outros legítimos administrículos, nenhuma consideração merece.*

(15) *Lei 8 D. de confessio., Lei 23 g 11 ad leg Aquil.* (S) A primeira determina que não se deve condemnar aquelle que confessa dever cousa, cuja existencia seja incerta. A segunda determina que não fique sujeito à disposição da lei Aquilia aquelle que, tendo confessado falsamente ter assassinado um escravo, se com promette a apresentá-lo vivo; a confissão neste caso somente aproveita ao autor, para não obrigá-lo a provar, que foi aquelle quem assassinou o seu escravo; basta que o escravo tenha sido assassinado, embora por outro, para que a confissão sujeite o confesso à pena da lei Aquilia.

A pena estabelecida nessa lei era pagar o assassino o escravo ao seu senhor pelo maior valor do mercado nesse anno, eo dobro se negasse o crime, tendo causado a morte sem razão. *Vide as leis 2 e seguintes eod. Ht.*

(\*) Para comprehender-se bem o systema de administração da prova seguida pelos Romanos em materia criminal, convém distingui-la segundo as épocas :

1.º No tempo da república não ha theoria legal da prova ; os juizes são livres na sua apreciação ; e somente ve-se que o accusado é logo condemnado pela confissão, sem que seja necessario examinar mais a fundo o seu valor real. Todavia certas regras apparecem já ; por exemplo, os individuos qualificados *improbi.* etc., não podem depor como testemunhas.

2.º No ultimo período da era republicana, os jurisconsultos erigirão numerosos preceitos em materia de apreciação do valor dos meios de prova ; os quaes referem-se principalmente a prova testemunhal (Vide a notavel dissertação de Escher, de *Testium ratione quae Romae Giceronis aetate obtinuit.* Zurich 1842) sobre os preceitos em vigor nos tribunales no tempo de Cicero),

3.º No tempo dos imperadores os jurisconsultos ampliaram mais estas regras, e os proprios juizes acostumam-se a observá-las fielmente ; os rescriptos, e constituições imperiaes tambem contém frequentemente indicações para os magistrados relativamente ao exame das provas, ou à prohibição expressa de admitir falsas e falsas testemunhas (vide a obra mais minuciosa de Geib. *Historia do processif crim. dos Romanes*, Leipsiok, 1842, p. 137—144, p. 327, 355 e p. 610—645. Nota manuscrita do autor.)

Em resumo, todos os seus escriptos testemunham uma tendência mui positiva a indagar a verdade material.

O processo criminal no antigo direito germanico teve por base um systema légal de prova ? Esta questão foi por muito tempo debatida. (16) Não havia, nem podia existir um systema de prova, no sentido em que o compreendemos actualmente; a verdade material, nos tempos os mais remotos principalmente, não era o fim primordial, e importava pouco que, como actualmente, as testemunhas fossem escrupulosa e conscienciosamente inquiridas, o que concebe-se ; o accusado tinha o direito de livrar-se pelo juramento ; os *conjuratores* ou Eideshelfer (17) que representavam a família, a associação antiga, vinham socorrer-o em juizo (S), e os ordalios (18) e o duello decidiam da procedencia ou improcedencia da accusação (S). Mas é preciso

(16) Rogg. *systema judicario dos Germanos*, pag. 93.—Wigand, *Trifftnaes Wehmiet* pag. 371, 385—Oropp, no artigo critico no *Annuario de Heidelberg*, 1825, n. 41 pag. 669,

(17) Vide o *Processo criminal comparado*, 1, cap. 15, n. 11, e aot. 39.

(S) Nos casos duvidosos, ou quando não havia prova, decidia-se o processo conforme o juramento do accusado, que se denominava *purgação a unica*. Nos casos duvidosos tambem o processo era decidido segundo o depoimento dos *conjtratores* (testemunhas abonatorias da mesma classe ou superior do accusado). O número destas variava conforme as classes, e a importancia do processo, sendo necessario o de setenta e dois no processo contra um bispo, quarenta e quatro contra um padre e dois contra um leigo. Deviam ser pessoas probas, visinhas, e depôr em jejum, Cantu, *Histoire universelle*. Tout. 8, chap. XVI.

(18) Vide Tittmann, *Historia dos leis penes do Allemanha*, pag. 53-

(S) *Os juizos de Deus* representam um papel importante no primeiro periodo da idade média no processo barbaresco. Eram provas puramente formaes, e cujos resultados eram attribuidos á divindade. As mais seguidas, e que mais perduraram, foram a prova do fogo, a prova d'agua, e o combate judicial. A primeira consistia em segurar o accusado em uma barra de ferro em brazão, ou por a mão em um guante de ferro em braza sem se queimar, depois de ter jejuado três dias. Era natural que ahi houvesse algum segredo só conhecido do clero (que presidia ao processo da prova) que obstasse, quando quisesse, á queimadura. A segunda dividia-se em prova d'agua fervendo, e prova d'agua fria : a de agua fervendo consistia em tirar o accu-

atender, que essas práticas diversas e as verdadeiras regras de decisão relativas à prova, porque era obrigado o juiz a tomá-las em consideração, quando proferisse a sentença.

Notamos já serem estas provas puramente formais. Não era, portanto, a verdade material o seu objecto; preferia-se confiar na intervenção directa da Divindade ou nas crenças de idêntica natureza. Finalmente, e com auxílio do costume (19),

sado um anel, ou outro qualquer objecto do fundo de uma vasilha cheia de água fervendo, sem se queimar, e o da água fria consistia em ligar-se a mão direita com o pé esquerdo do acusado, e lança-lo assim à água: se sobre-nadava era culpado, se submergia-se era inocente. Outras provas havia, por exemplo a da cruz, a do pão bento, a do cadáver ainda usada na Alemanha no século passado, Themis, Tom. 5 Art. de Charles Weber.

Anteriormente os processos decidiam-se pelos juramentos tanto das partes como das testemunhas, mas sendo frequentes os perjúrios, não obstante severas penas, os juízos de Deus tornaram-se a regra geral da prova nos processos. De pois de XI século estas provas começaram a ser menos praticadas, sendo substituídas pelo *coin bête* judiciário. Todas ellas porém fundavam-se na presunção de que Deus protegia a inocência.

O *coin bête* judiciário dava-se entre todas as classes com a diferença seguinte: se um nobre autor tinha de combater contra um plebeo acusado, devia fazê-lo a pé com escudo, se com outro nobre, com as armas próprias da nobreza; se uma das partes ou ambas não podiam sustentar pessoalmente o combate, escolhiam um campeão. O combate judiciário também se dava entre uma das partes, e uma das testemunhas da outra antes de jurar, para provar que ella era suspeita. As mulheres e os menores não eram obrigados a aceitar o combate judiciário.

Conforme o resultado do combate proferia-se decisão, da qual não havia recurso. Os combates não só tinham lugar tratando-se da decisão final ou definitiva, como também das interlocutórias ou dos incidentes, de sorte que processos havia, que não eram mais do que uma série de combates. Este género de prova começou a ser abolido em alguns países da Europa desde o século XIV. Montesquieu, *Esprit des lois*. Tom. 2, chap. XVI e seg.; Merlin *Repert. verb. Ordales e Combat judiciaire*; Hallan, *Histoire de l'Europe au Moyen Âge*, Tom. 4, chap IX; Oantn, *Histoire Universelle*, Tom. 7 pag. 336 nota B.

(19) Os capitulares dos reis franco» contém diversas disposições sábias em materia de pena.—Vide Tittmann. 1 c, p. 68. (S).

(S) Os capitulares eram leis? assim denominadas porque se dividiam em capitulos, promulgadas no periodo carlovingiano, nas grandes assembleas dos nobres e ecclesiasticos presididas pelo imperante. Nem todos continham

uma especie de systeroa de prova (20) logo estabeleceu-se ; quando tratava de certos crimes (por exemplo do estupro),taes testemunhas, taes circunstancias havia, que se deveriao conai-derar fora de duvida (*indicia indubitata*): o flagrante delicto, e o nao flagrante (*liandhaftiger That, ubernæchtiger Thai*) (21),

disposiçes novas, pois que grande parte limita va-se a conlirmar e sancio-nar os costumes existentes, e os preceitos do direito romano incorporados nos codigos barbaros. Dos cento e quarenta e seis capitulares dos Carlovín-gianos sessenta e cinco são devidos & infatigavel actividade de Oarlos Magno. Examinados sob o ponto de vista do direito e do processo criminal, nelles se encontrão alguns principios pkilosophicog, e algumas regras, que fazeni honra aos seus autores. Beslringirão a pena de morte (excepto para os Saxo-nios); determinarão a publicidade dos processos, dando a qualquer o direito de denunciar; prohibirão que sem processo regular alguém fosse preso e menos julgado, à excepção dos salteadores; udmittirão a fiança ou cauç&o, para que o accusado podesse defender-se livre ; determinarão que ninguom fosse condemnado sem provas, (e as mais geraes destas nesse tempo erao a confissSo, o juramenlo das partes, o depoimento, quer positivo, quer negativo das teste-munhas *testes, conjuratores*, e o juizo de Deos menos os combates judicia-rios, que Carlos Magno prohibio, porque erao condemnados pela doutrina e pratica da igreja; ; obrigarão osjuizes arsaber de côr a lei.e a conservarem-se ligados as suas obrigações ; créai So ou organisarão a instittuição dos *scabmi*. e a dos mûit *dominici*, que erão corraedores, obrigados a percorrer a sua circumscripcao em certas épocas do anno, afim de tomarem contas aos juizes inferiores, reverem os processos, e providenciarem sobre as injustices, por elles commettidas. Faustin Iellie obr. cit. Tom. 1 cap. G ; Cantu obr. cit. Tom. 8 cap. XVI; Du Boys, *11 Ut. du Droit erim. des Peuples Modernes*.

(20) Albrecht, *Doct. de probal. secund. jus germ. mediïi mvi. Regin*, 1825.

(81) *Espelho da Saxonia*, 11, 35.—Drever, *Uoras vagas*, p. 38; Vigand, *Trt-bunaes Wehmicos*, p. 395.—*Processo criminal comyarado*, 1, cap. 15, n. le nota 68. (S).

(S) O *Espelho daSazconia* foi a primeira compilação das leis, e costumes da Allemanba, feita no seculo XJH por Eike de Repgon. assim como o *Espelho da Suabia* foi uma compilação feita posterior inente, mas sem originalidade, porque o MU autor se limitou a commentai' a primeira, accrescentando sô-mente textos de direito romano e canonico. Esta ultima foi uma obra feita no sentido de favorecer os interesses do pontificado; Du Boys na obra citada extrada ambas, no que toca ao direito e processo criminaes, e as commenta. Na primeira encontra-se a diffinição de flagrante delicto, que e hoje aceita pelo nosso direito, e pelo dot povos civilisados.

emfim a conducta anterior do accusado, motivavao a applicação de taí ou tal genero de prova.

Este predomínio decidido da prova formai se perpétua até a idade média; deve-se a ella referir o systemados indícios derivados dos phenomenos externos, por exemplo, do sangue que corria das feridas, quando o accusado tocava no cadaver (22/, e tainbem a obrigação para o queixoso de apresentar-se em juizo com sete testemunhas. (*Das uebersiebnen*) (23) (S).

Havia porém cid&des (24) nas quaes uma prematura civilisaço fixera\* abandonsr os ordalios e os duellcs, e onde as idéas do direito romano se infiltrera© cedo; em outras forao postas em pratica os meios da pjova em harmonia com o principio da verdade material, sem que todavia se tratasse de os erigir em theoria especial e compléta. As sentenças dos *scabini* (*schaffen*), durante c tempo em que julgarao, nao tiverao outras bases além da sua propria convicção, mediante comtudo a observancia das regras legaes (S).

(22) Convém aqui citar a'inda o Balirrecht (de Bahre, bière, recht, droit) direito—Tittmann, I, c. p. 46.

„(23) Malblank, (*Hist. da jus. pen.*) p. 73.—Haltaus, *Glossar*.

(S) Vide a errata da versâb franceza-

(24) Donandt, *Hist. do dir. polit de Bremen*, II, p. 117.

(S) A instituição dos *tcabini* remonta ao periodo dos Carlovingianos, e que da França se espalhou por toda a Europa. Antes, os processus erão decididos pelas assembléas dos homens livres, *rachinbovrgt* ou *boni homines*; mas tornando-se diffcil a reunião dessas assembléas por ser um omis para o povo, que podia comparecer on nao, crearão-se os *scabiui*, juizes com caracter publico, e que erão obrigados a comparecer em cada processo em número de sete, de sorte que uonca faltassem juizes para juigar, ainda que faltassem os *boni bomines*, que, comparecendo, tomavão parte no jtdgamento. Erão escolbidos pelas assembléas do povo presididas pelo conde ou governador. O processo tin ha então alguma analogia com a do tempo dos *judices jwratí* dos romanos, com a difTerença porém, que neste os *judices jv/rati* erão alistados pelo pretor, e decidiSo sômente do ponto de facto, naquelleos *tcabini* erão nomeados pelas assembléas populares, que se rennião pelo menos três vezes ao anno, ( ao principio forão tambem nomeados pelo coude ) e decidião tanto do facto, como do direito, não tendo o conde préside

Quando posteriormente as opiniões mais reflectidas vão generalizando-se em todos os países, vê-se o direito canonico, que mostrou-se favoravel ao seu desenvolvimento. (25) Tornou-se principio no processo da formação da culpa ser o juiz obrigado a indagar a verdade por todos meios possiveis : o que era substituir o systema da verdade material ; e, a partir de entao, as provas formaes do direito germanico, juizo de Deus e outras foram inteiramente inadmissiveis. /26) (S)

direito algum de votar, déliberai' ou decidir, e sômente o de convocar o tribunal presidido-lo, policiar-lo, e fazer executar as suas sentenças ; e os *scabini* não tinham tão absoluta liberdade na decisão, como pensão alguns ; elles erão obrigados a conformar-se com as leis, e ao seu cumprimento erão chamados pelo conde presidente, e por isso os capitulares exigião que este soubesse a lei de cor. Havia mesmo uma classe de homens doutos denominados *Sagibarrôes* (cuja organização é pouco conhecida) cuja missão consistia em aconselhar e illustrar' aos *scabini* sobre o ponto de direito, Savigny, *Histoire du droit romain au Moyen Age*, Tom. 1, §§ 68 e seguintes. Sobre a forma do processo nos diversos periodos da idade média e nos diversos estados da Europa, vide Du Bety's *Histoire du droit crim. des Peuples Modernes* ; Guizot's *Essais sur l'Histoire de France*, IV, cap. 2 § ô.

(25) Thomasius, de *Fidejurid.*, § 62.

(26) G. 1.3, X, de *Purg. vulg.*; c. II, *quoet.* 5. (S) Prohibem os combates judicarios, e outras *purgações vulgares*, sob o fundamento, de que não se devia tentar a Deus.

(S) A Igreja prohibio primeiramente o combate judiciario, tolerando os ordalios, como uma concessão forçada aos costumes da epoca. Depois prohibio tambem estes ; e por causa da influencia da igreja começaram a ser pouco a pouco abolidos das legislações dos povos europeos estes meios de prova exclusivamente dependentes do acaso ou da fraude.

Assim como se deve a igreja o ter salvado as letras e a civilização da corrupção e queda do imperio romano, deve-se-lhe tambem o tê-las conservado nos sanctuarios dos conventos e igrejas, como um deposito sagrado, que tinha de entregar a gerações menos rudes do que os barbaros. No periodo da idade média ve-se duas jurisdicções processando deversamente, a leiga e a ecclesiastica. Naquella os processos se decidião pelo acaso e pela sorte (juizos de Deus e combate judiciario); nesta o processo era regulado por prescripções mais racionais, pois a igreja começou cedo a abolir o combate judiciario, por ter horror ao derramamento de sangue ; e logo depois os juizos de Deus, por serem superstições indignas de uma sociedade illustrada, e de posse do direito

Os juizes ecclesiasticos nao se assemelham aos antigos *scabini* : sfo verdadeiros magistrados, julgando conforme a lei ; tãmbem nao é mais à simples convicção que devem seguir : uma

romano. A invasão da igreja na ordem temporal, a absorção gradual da competência, a influência e predomínio sobre a sociedade temporal, que chegou ao seu auge nos pontificados de Gregório VII e Innocenzo III, foram úteis à causa da civilização e da humanidade. A igreja, que à principio reclamara a sua competência para conhecer dos crimes de todos os que tivessem ordens sacras, estendeu-a depois aos fracos, oprimidos, e miseráveis, e a todos os crimes que, mesmo indirectamente, affectassem a religião ; mas a humanidade fôra e oprimida ganhou com esta usurpação, porque encontrou nos tribunaes ecclesiasticos não só um processo mais racional e mais livre para fazer valer os seus direitos, como peias mais humanas. Por causa do horror ao sangue a igreja não podia pronunciar a pena de morte, e nem a da mutilação ; criou então a de prisão perpétua, como mais em harmonia com o fim principal da pena, que era, sob o ponto de vista da igreja, a emenda do criminoso.

O criou também a instituição dos promotores publicos, e organizou os recursos. A influencia da jurisprudencia ecclesiastica. quer ao direito, quer no processo civil, e criminal, em todas as legislações dos povos cultos, é manifesta. A jurisprudencia ecclesiastica depurou o que havia ainda de barbaro e superstitioso no direito romano.

Não nos referimos ao processo inquisitorial, que dominou na igreja durante três seculos, e que foi transitorio; que a principio começou pelas denuncias secretas, continuou pelos devassas secretas e processus secretos, sob o pretexto, de não causai' escandalos, e acabou com horribes torturas. É a pagina negra da historia da igreja. Nem mesmo pôde servir de desculpa a necessidade que tinha de se armar com penas mais fortes do que a excomunição contra a hydra da reforma e das heresias ; porque durante o paganismo combateu-o ella com mais vantagem com a U, humildade, e resignação nas fogueiras e nos tormentos.

Nos primeiros seculos da igreja os processus eram regulados pelas prescripções dos livros santos, pela tradição e pelos costumes ; depois de organizada a hierarchia ecclesiastica também pelos decretos dos concilios e dos papas.

A primeira compilação de leis ecclesiasticas da igreja latina foi feita no século V por ordem de S. Leão.

A segunda foi feita no século VI, por Dionisio tomando a primeira por base, e é conhecido pela denominação de *codex Dionysianus*, *codex canonum ecclesiasticorum*, *codex Hadrianus*, porque foi revista pelo papa Adriano no VIII século ; e ultimamente no século XVII tomou a denominação de *codex connotum vetus Ecclesiae romanae*. ■"i \*

A terceira compilação foi feita por S. Isidoro no VII século, não se devendo confundir esta com a collecção de Isidoro Mercator ou Peccator (hoje reco-



apreciação jurídica da prova dicta-lhes a sentença ; e enquanto os papas procurao dar-lhes instmccões especiaes (2\*7), "os doctores em direito canonico guiados cegamente pelo methodo êscolastico, entao dominante (S), erigem uma multidao de re-

nhecida apocripha sob a denominação de *falsas decretaes* que dominou durante três seculos. H

A quarta compilante foi feita pelo monge Graciano no seculo XII, e teve, pot fim methodisar e facilitar o estudo do direito canonico, afim de poder revalisar com a escola fundada por Imerio. —O author deu-lhe o titulo de *Concordia discordantium canonum* : raasé mais conhecida sob o titulo—*Decretum Gratiani*. Esta compilação foi a origem e a primeira parte do *Corpus juris canonici*, e desdeque foi ella concluida, o estudo do direito canonico começou a revalisar com o do direito romano, dando nascimento a uma escola de jurisconsultes glossadores do direito canonico. Graciano devidio a sua obra segundo a natureza e diversidade das materias, e não cbronologicamente.

A. quinta collecção é a de Gregorio IX , feita pelo monge Raymundo de Pennaforte no seculo XIII, e é citada pela letra X eu pela palavra *extra* precedida do número do capitulo ou das palavras iniciaes, e seguidas da rubrica do titulo. A palavra *extra* quer dizer *extra Decretum Gratiani*.

Aos cinco livros da compilação Gregoriana Bonifacio VIII ajuntou mais um livro contendo a compilação das leis de igreja posteriores a Gregorio IX.

A sexta foi feita por Clément V, e mandada executar por João XXII, eé conhecida sob a denominação de *Constitutiones Clementinae*.

Depois foram addiccionadas ao *corpus juris canonici* divers as collecções de decretaes, conhecidas sob a denominação de extravagantes, desde João XXII. até Xisto IV, colleccionadas por J. Ghapuis.

No seculo XVI uma nova e géra compilação foi encarregada por Ko IV a uma commissão de trinta e cinco membros com poderes de modificar, glossar, e augmentar os textos ; e depois de concluido o trabalho foi aprovado por Gregorio XIII, de quem tomou o nome.

Posteriormente foram addicionados ao *Corpus Juris* um livro de decretaes até Xisto V, ufnoutro até Alexandre VI, um outro de Innocência IV, é finalmente as Institutas de Lancelot mandadas incorporav por Paulo V. *Fauttin Hellie. obr. cit. tom. I ; Etchbach, Introduction générale a l'étude du droit-André, Cours alphab. et method. de Droit Canon, dans ses rapports avec U droit civil ecclesiast. verb. Droit Canon et Droit.*

(27) O. 2, 18, 14 de *præsumt* ; c. 10, X, de *Probat*.

(S) A philobophia escolastica é a expressão da idade média, cujo principal característico é o predomínio da igreja : a theologia era o seu fundo. e a philosophie de Aristoteles a sua forma. Desde o seculo VIII, em que a escola foi fun-

gras, constroem um systema, combinando-as com as proprias expressões dos livros biblicos (por exemplo, quanto ao número detestemunhas exigidas) (28), e de certes textes dos jurisconsultes romanos.

Neste tempo apparece Schwartzemberg, o autor da ordenação da justiça pénal de Carlos V (1532), cujos esforços tendem evidentemente a dirigir os processos no sentido da verdade material, é o caracter impresso em toda a sua obra ; embebido, como acabava-se nas theorias reinantes, 'elle quiz fixa-las em principios de lei.

Vê-se o desde entao, procurar obstar a essas injustas (29) condemnações (30) baseadas em probabilidades simples, estabelecer regras mais precisas, emittir certas normas sobre o uso das fontes das provas, enunciar os principios, que deverao guiar o Jutz (31) na apreciação dos casos difficeis (por exemplo nada prova artificial (32) ; e além disso, formula certas prescrições relatiamente a algumas provas de natureza endada , por Alcuino. chamado por Carlos Magno para ensinar nos *scholos* que fundara (e d'ahi vem-lhe a denominação de scolastica) até o XVII seculo, isto é até Descartes, a philosophia scolastica acompanhou e reflectio as phases politico-liticas dessa idade historica. A principio erao predominio absoluto da theologia ; na segunda epoca a tentativa constante de emancipação, e na ultimaa reivindicacão da independencia do pensamento. Porém mesmo nessa tutela do pensamento, que a igreja exerceu durante a idade média, e não obstante a luta dos realistas e nominalistas, o direito e o processo muito lucrarão com o desenvolvimento scientifico das idéas do bem, do justo. da verdade. de Deus enfim, que sahião cada vez mais depuradas dessa luta entre os theologos scolasticos.

(28) C. 5,10.23. X *de Testants*.

(29) Biener, Ensaio historico sobre o processo por viadainquisição.

(30) Art. 22.0. C. C.

(31) Exemplo : Art. 71, id. »'

(32) Exemplo.: art. 23—45id.

(\*) Designa-se assim communmente a Carolina, cujo titulo verdadeiro é *Constitutio criminalis Carolina*. Muitas traducções latinas tem sido feitas, citaremos a de Gobler (1643), de Remua (1694),reimpressa em 1831 por Abegg. — *Nota du traductor France\**.

ganaciora), por exemplo, a emanada dos cúmplices (33); determina imperativamente sobre quaes deva proferir-se a condenação (34); e em termos nã o menos peremptorios exclue certas outras, cujos resultados fallazes parecerão-lhe dever receiãr-se.

Desde esta epoca os criminalistas praticos vao buscar nos textoa do direito romano e do canonico, e no que é concernente à Allemanha, no texto da Carolina, os materiaes d'uma theoria complêta da prova. Antes os escriptores do XIV e XV seculos, os Gandinus, e os Bonifacius tinham firmado princípios nesta materia ; o primeiro occupãra-se dos indícios (35) ; o segundo mais complête jã, tratãra da prova em gérai (36) ; reconhecêralhe cinco cathegorias ; aprofundãra a força demonstrativa da prova por testera imhas ; exigira o depoimento de duas pelo menos (37), para que houvesse condemnaçã o ; e pela pnmeira vez estabeleceu a divisso em prova plena e semiplena, que perdurou até nã os.

A obra de Jul. Clarus attesta progressos muito mais notaveis ainda ; este autor quer, em todos os casos, a prova complêta, e diz sob que condiçoes o testemunho (38) e a confissao devem merecer fê. Ao mesmo tempo prescreve o exarae escrupuloso de todas as circumstancias accessorias, e discute as questoes controvertidas sobra a materia (39). Fariniacius (40),

(33) Exemplo art. 31 id.

(34) Art. 67 id.

(35) Gandinus, *de Maleficiis* (em seguida da edic. d'Angélus Arretinus).

(36) *Tractat. de Maleficiis*, cap de *Probat. e de Testib.*

(37) Pelas explicacões que da, pag, 141, vê-se que muitos juriaconsnlto contemporaneos exigião pelos menos três testemuhas.

(38) Olarus. Sent. § fí\*\*, *gumsl.* 66 n. S.

(39) Clarus I c, *quast.* 21,55.65. ,

(40) Farinacii, *Protêts et theoria critnin. et alia opéra critnin.* Duaci 1618.

Mithœus (4C Imberto<sup>P</sup>), Mathœi (4<sup>^</sup>todos fallârao no mesmo sentido.

Uma apreciação mais recta e mais segura do que a dos seus antecessores, a exactidão das divisões, e sobretudo uma preâ-lecção decidida em favor da verdade material, se observa em B. Carpson. Como muitos outros, não pôde todavia isentar-se do preconceito, que faz crer-lhe, que não sendo a prova completa, em vez da pena maior, deve ser pronunciada uma menor (44). Estimamos menos os escriptos de Menochius (45) e de Mascardus (46), que, consagrando longas explicações minuciosas a theoria da prova, reunirão, sem motivos solidos, uma multidão de regras tiradas de grande número de textos das leis romanas ; empenharão-se em erigi-las em prescrições absolútes, quando o legislador em Roma não teve em vista senão depositar certos principios na consciencia do juiz ; vê-se por exemplo, tratando da incapacidade das testemu.nb.as, applicar sem restrição à lei nova certas disposições, que somente o processo romano podia adraittir ; formar uma lista de innumeras presumpções ; e contribuir principalmente para' espalhar a idéa erronea, de que as sentenças se fallivel, quando condemnasse pelo depoimento de duas testemunhas somente. Segundo elles, a economia da prova transforma-se em um calculo arithmetico ; ha meia prova, prova além ou àquem da

(41) Millœus, *Praxis crimin. persequendi*. Paris, 1541.

(42) Imberti, *Institut. forent*. Paris 1585.

(43) A. Mathœi na obra intitulada : *de Qriminibus ad libros* 47, 48. Dig. Ultra J. 1644.

(44) .Prose, *crim.*, p. III, *quant. G.*—Este systema é tambem seguido pelos autores fancezes contemporaneos (Vide Papon, l. 24, t. 8. n. 1 da sua *Coh lecçto de arestos*, fragmento citaclo por M. Bon nier, *Tratado da prova.*) ■ Nota do traductor Frimcex.

(45) Menochius, de *Præsumpt.* Colon., 168G.

(46) Mascardus, *Conclus. de probat.*, vol. 4 Francfurt, 1684,

meia prova. distincções que só servem para confundir os juizes.

De todas as legislações do XIV século, a da Bavière (47) é que reproduz com mais fidelidade as idéas dominantes entre os praxistas de então.

Admitte, porém, a tortura, e no caso de prova incompleta permite decretar uma pena excepcional (48) j não pôde-se consequentemente dizer que o seu System a plenamente satisfaz aos princípios.

-

A ordenação de justiça penal de José II trouxe melhoramentos essenciaes, abolindo a tortura (49), e o juramento purgatorio, e autorizando a condemnação no caso de concurso de indícios. Uma notável tentativa ali se fez : a de determinai<sup>4</sup> completamente sob que condições pôde-se decretar a pena por simples indícios, de sorte a não haver perigo, nem para a sociedade, nem para a innocencia. Devemos também citar, como particularmente notável, a lei promulgada em 1786 por Leopoldo, grande-duque da Toscana (50), que aboliu igualmente a tortura; a par de tendências decididas em favor da verdade material, o legislador continuamente esforça-se para abrigar o indiciado de todo tratamento injusto. Todavia, não soube escapar a um resto de preconceitos tímidos (51); recusa-se a dar a força probatoria aos indícios, e, por maior que seja o número dos que con-

(47) *Cod. maxim. bavar. crim* de 1751, part, II, cap, 5.

(48) C. c, cap, 5. gS I. 8 e 18.

(49) Promulgado em 1788, cap. 8—II.

(50) Vide Carmignani na *Itevisla de legislagHo esirangeira* do M. M. Mittermaier e Zacharioe t. I n. 19.

(51) *Cad. de Leopoldo*, de 30 de Novembro de 1786, art. 110.

correin na causa, sômente autorisa a applicaçEo de penasmenores, como banimento, prisao, etc. (52).

No fini do XVIII século manifesta-se uni movimento consideravel nas idéas, e o espirito de aperfeiçoamento, que régénér a sciencia, nao permite desprezar a theoria da prova.

Nesta parte como nas outras é Beccaria (53) quem dà iniciativa a novas investigaçOes ; estabelece o principio do que a certeza, essencialmente exigida em materia crimiuial, nao pôde ser comprehendida em regras scientilicas ou legaes ; que ella funda-se no senso intinio e innato, queguia o homeai nos actos importantes da vida, e que, portanto, os jurados sôo OR raelhores juizes do delicto.

Apés elle, todos os criminalistas da sua escola indagao tâobem, quai deva ser a economia da prova judiciaria ; quai a preferivel, se a convicçao íntima dos jurados, ou se uma theoria légal, que dictasse a sentenç?. a juizes regulares.—Filangicri (54), entre outros^ que aprofundou a questao, chegou a concluir, que a certeza moral réside sômente na consciencia do juiz ; porém que séria mais prudente submefctè-la a uma especie de critérium légal- (55j, por meio de aigum as regras inscriptas no Codigo, que ligassem sua opiniao : depois, passando da theoria â a]plicação, tentou traçar estas regras (b&) ; porém outros, que lhe succedêrao, (57) demonstrarão facilmente

(52) Carmignani tenta justificar esta meclida ; vide *délie Leggi*, vol. 4, pag. 272.

(53) *Dei Déliai e délie Pêne*, arts. 7 e 8.

(54) Filangieri, *Scienza délie le gitlasiione*, v.il liv. 3 cap. 10 é 15. Edieão de Philadelphia 1799 pag. 311.

(55) *Scienza*, I, c, vol. II, cap. 15, pag» 393.

(56) *Scimza*, I, c, vol. II. cap. 15 p. 393.

(67) Pasquale. *Liberatore saggio sulla giurispruden+a penaH*, Napoli 1814, p. 180.

o vicio de prescripções demasiado geraes e dando azo a uma interpretação arbitraria, que muitas vezes não são totalmente verdadeiras, e se converteria com facilidade n'uma fonte de erros.

D'ahi tentou-se, ora reduzir a um systema mathematico a theoria da certeza em materia criminal, ora applicar o calculo das probabilidades ( 58 ) à jurisprudencia ( 59, ) ora aprofundar a natureza e fontes da certeza ; em quanto outros, dividindo e subdividindo ao infinito, esforçavam-se em fixar as regras e as condições de cada especie de prova. Globig, na obra a mais notavel pelo seu alcatice philosophico, sem todavia ter em vista as leis positivas, analysou a natureza da prova em gérai (60); pelo contrario Ranft (61), Kleinschrod (62) e Stubel (63) tentaram construir, para o juiz, uma theoria baseada sobre os principios do direito commun) e opiniões acreditadas dos praxistas. — Foi então que na Alemanha suscitou-se a questão—se dever-se-ia ali introduzir o jury, e essa questão de tanta monta, veio dar aos estudos sobre a prova uma direcção nova. Geraes eram os clamores contra os inconvenientes do System a vigente ; a consciencia do juiz estava peada ; obrigado de um lado a obedecer as prescripções da Carolina, dessa legislação, que tinha instituido o seu systema, sob a falsa in-

(58) Vide sobre este assumpto um escripto notavel intitulado; *Saggio sopra i principi i fundamenti della probabilita*, Livorno, 1790 ; e sobretudo a *Logica de probabili applicata a giudizi criminali*, por M. Pagano, Milauo, 1806. ' a V

(59) Gitemos, como tendo referencia a questão, o *Essai philosophique sur les probabilités*, de Laplace. Paris, 1819.

(60) Globig, *Theoria da probabilidade*, Regensb., 1806, vol. 2.

(61) Eauft, *Da prova em materia pénal*, Freiberg, 1801.

(62) Kleinschrod, *Archiv. do direito crim.*, vol. 4, art. 8 n. 4.

(63) Stubel, *Do corpo de delicto*, Wittenberg, 1806.

fluencia da confiança na admissibilidade da tortura, não tinha, d'outro lado, o poder de pronunciar imia coadernação, ainda mesrao que um poderoso concurso de indícios elevasse quasi à certeza a mais completa a verosimilhança da culpabilidade do réo. Esperava-se encontrar no jury remédio para estes inconvenientes ; por isso examinou-se a fundo o valor desta instituição sob o ponto de vista do direito criminal ; investigou-se a natureza da verdade absoluta ; tratou-se enfim de saber, se uma theoria légal de prova é cousa possível. Os estudos engenhosos e ao mesmo tempo profundos de Feuerbach (64) puzeram a questão na ordem do dia ; e Meyer no seu livro ( 65 ) a *comissão immniala instiluida na Prussia* (66), e Groe-vell (67) no exame^que fez dos trabalhos desta, expenderam observações importantes.

As prescrições de direito commun allemão levavam muitas vezes ao erro, como acabamos de dizer, porque abafavam as convicções livres do juiz sob uma multidão de regras, e o forçavam outras vezes a absolver um réo realmente culpado," ligado como estava ao System a restricto da Carolina ; mas nesta época atacou-se em seu principio a propria theoria da prova, e em lugar de limitar-se as applicações restrictas, e inintelligentes, que dèlia se fizeram na Allemanha, quiz-se inteiramente reedificar a lei. Alguns escriptores francezes, que tambem criticaram o systema da lei allemão, quasi nunca apreciaram o seu verdadeiro espirito e resultados possíveis, caso se houvesse feito dèlie uma applicação racional ( 68 ).

(64) De Feuerbach, *Considerações sobre o Jury*, Landshut, 1813.

(65) Meyer, *Espirito, Origem e Progresso dos instituições judicarias*, La Hogue 1819, p. 506.

(66) *Relatorio da Comissão prussiana sobre o Jury*, Berlin, 1819.

(67) Groe-vell. *Exame do relatorio da comissão, etc.*, Leipsick, 1819 part. 2.

(68) Isto convence a leitura, entre outros, de Loorè, *Législation criminelle de la France*, I, p. 159, Meyer tambem não tem' inteiramente a verdade do seu lado.



Entretanto os governos allemaes, que tambem desejã o organisât completamente o processo criminal, sentira o a necessidade de ampliar esta organisaço a todos os principios da prova. Seus esforços attestao uma teudencia évidente para a verdade material, e o desejo de couverter em lei todos os preceitos nascidos de uma melhor praxe, ou fornecidos pela doutrina, preceitos uteis para dirigir a atença o do juiz ; plantât balizas, que lhe sirva o de guia ; e encerrar nos mais acanhados limites o arbitrio, que séria militas vezes funesto à. innocencia.

O Codigo austriaco ( 69 ) satisfaz-se em traçar algumas regras geraes ; insiste todavia nos meios probatorios, que devem servir de base ao julgamento ; indica sob que condições tem elles força probatoria ; ordena ao juiz que verifique sempre as probabilidades, que encontrar na causa, e a unanimidade das testemunhas por meio de todas as outras prôvas ao seu dispôr (70) ; e ao mesmo tempo deixa à apreciaço do juiz uma latitude sufficiente ( "71 ) ; e cuidadosamente évita todas as disposkOes absolutas, e de natureza a constrangel-o a considérai<sup>1</sup> como verdadeiro / sob o pretexto, por exemple de haver concurso de certas provas (72), aquillo que a sua consciencia desmentisse energeticamente. Enfim, e de um outre lado, o Codigo austriaco mostra-se, na economia da prôva, mais livre que o direito commun da Allemanha; assimé que admitte, que o depoimento de dons cumplices, que o concurso ( 73 ) das circunstancias da causa

(69) Codigo pénal de 1803, part. 1, cap. 10 (tradusido por V. Fouetter).

(70) No caso de confissão, por ex. : cap. 10. **Art. 400.**

(71) Por ex. : quando se trata de decidir da influencia no processo de uma confissão, sobre a quai o accusado se tivesse retractado. Art. 403.

(72) O Art. 404 não diz que o juiz deverá condemnar quando duas leste-mu n lias déposérent sobre o mesmo **facto**/diz sôinente : *Em gérai para que lioja prova de direito é necesaaria a affirmaço de duas testemwnhus.*

(78) Art. 410.

possao demonstrat pleua e cabalmente (74). A ordenação criminal da Prússia também em via a a verdade material (75), porém as suas prescrições já são mais absolutas, e peço mais ao juiz (76); a sua doutrina é bem pouco justa, quando classifica na mesma categoria a par dos indícios, todas as provas naturais imperfeitas, por exemplo o depoimento de uma testemunha, a confissão extrajudicial (77). Porém dá principalmente azo à censura por não atribuir força alguma aos indícios, embora fossem, no seu concurso, demonstrativos até à evidência; e por autorizar<sup>1</sup> a condenação à uma pena extraordinária (78) em termos concebidos de modo a favorecer no juiz a opinião, de que a pena é atendível no caso de prova incompleta, abrindo assim a porta a condenações por simples suspeita.

É na ordenação criminal da Baviera (79) que encontra-se a teoria mais completa, mais notável enfim, pela observância rigorosa dos princípios científicos sobre a matéria. Deve-se, contudo, reconhecer, que desejando principalmente formular um sistema, em que nada faltasse, e muito preocupado talvez em encerrar o juiz em estreitos limites, determinando-lhe sob que condições necessárias a prova pode ser inteira, assignando-lhe regras absolutas, contendo normas positivas ou proibições, não soube o legislador evitar certos defeitos. Assim, em muitos casos, o juiz não pode seguir a sua convicção, e, mão grado seu, vê-se forçado a proferir a absolvição do crime

(74) Art. 412.

(75) Ordenação criminal de 1805. tit. II, secc. 6.

(76) Por ex. : o art. 366 attribue muito peremptoriamente força completa à prova testemunhal, se ha affirmação de duas testemunhas.

(77) Art. 898.

(78) Art. 405.

(79) Orden- crim. da Baviera promulgada em 1813 part. 3, tit. IV.

ou a absolvição da instancia. Adoptando a qualificação *de meia prova*, den à sua obta o character mathematico de uma tarifa (80) ; deixa, por outra parte pouca latitude ao magistrado, e enùmera iimalonga série de individuos incapazes de depôr (81), quando as menores circuostancias na causa poderiao leva-lo a apreci&r o grão de confiança, que devesse concéder a- téstemunha.

Em resumo, uma multidao de prescripções rigorosissimas sobre a prova foi introduzida na ordenação bavara, as quaes podem motivar a impunidade do individuo verdadeiramente culpado (82). Querendo deixar a menor margera possivel ao arbitrio do iuiz no caso principalmente, em que os meios probatorios são fallazes por sua natureza, o legislador exigio um] conjuncto de condições, que mui raras vezes serao satisfeitas, devendo o iuiz absolver, ainda que faite sô uma délias (83). Depois, prescrever, como elle o faz, a penâ de morte, quando nao houvesse prova compléta pelos indicios (84), mas por indicios sômmente, nao é ao mesmo tempo commetter uma grave inconsequencia, e pôr o fim de lado (85)? Nao é inquinari de sus-

(80) Art. 286.

(81) Por ex.: art. 278 n. G e 7:—*Todos os que forSo condemnados, ou mesmo que nao forSo completamente absolvidos por crime de perjurio*. Este prescripção não séria rigorosa no caso em que a testemunha excluida tivesse anteriormente prestado um falso juramento por piedade sômmente, e para não perder um accusado?

(82) O art. 283 diz pur ex. : que'—*O ápoimento do pessoa lesada pelo crime jamais poderia faner plena fê contra o indiciado* ; ora como applicar esta doutrina no caso de estupro ?

(83) Vide o art. 358 que exige o concurso de indicios anteriores, conuini- tantes, e posteriores para que os factos revelados sejSo considerados certos.

(84) A censura não poderia applicar-se a Feuerbach, que pelo contrario criticou esta disposição noseu livro intitulado *Causas memoraveis* part. 2 > p. 191.

(85) Art. 330.

peita toda a condenção baseada em indícios, e abandorial-a antecipadamente, por assim dizer, à censura da opinião popular? E' ainda a consequencia do preconceito fatal a segurança publica, ao qual no direito communa, o juiz era forçado a obedecer, nos termos do art. 22 da Carolina ; por isso é que vejamos em muitos estados allemães o legislador tentar remedial-o, ao menos provisoriamente, e autorisar o juiz a pronunciar a condenção sobre simples indícios. Com este fim foram ordenações promulgadas nos estados de Weimar (86), Anhalt, Dessau (87), Hanover (88), e de Lippe (89), as quaes nos outros pontos essenciaes limitao-se a copiar a lei bavara.

As theorias de codificações novas obrigaram a estudar ainda a questao da prova. A sciencia emittio diversas theses sobre a natureza da verdade ; indagou sobretudo se ô objectiva ou subjective; examinou-se de novo, se uma theoria légal da prova é cousa possível (90) e especialraente tambem se os indícios poderi&o fazer prova completa ; se a lei prussiana teve ou nao razao para décréter em semelhante caso a pena extraordinaria; se finalmente n&o sería preferivel abandonar qualquer tentativa de uma theoria légal, e autorisar simplesmente o juiz a obedecer à convicção interna. De mais, o clamor levantado de todos os lados contra os codigos allemães, e suas prescrições rigorosas (91), fez assentar as doutrinas, consagradas

(86) Lei de Weimar de 1819» vide *Archivos do direito crim.* t. 6 p. 259.

(87) Ordenação do processo d'Anhalt de 1822, t-ít. "21 § 2.

(88) Ordenação de 25 de Maio de 1832.

(89) Ordenação de Schaumbonrg, Lippe de 11 do Setembro de 1828.

(90) Jarke, *Archivos do direito crim.* t. 8 p. 98—Weber. *ibid.*» t. 8 p. 502— Vide tambem muitos artigos no *Jornal de direito eriminal prwtsiano de Hit.*, sig n. 17. p. 150; n. 19 pag. 131—Zum Bach, *Opiniões e obsercações sobre o objecto do direito crimittal.* p. 326.

(91) Vide sobretudo Gmelio. *Da administração da justiça eriminal non estados vequenos*, Tubingue, 1831.

pelas récentes ordenações criminaes, em bases mais largas do que as que servião de fundamento aos processus do direito commum, e as legislações locaes, como o código bavaro.

Assim, o projecto de lei para Wurtemberg (92), reduz a dous (93) o número dos individuos absolutamente fucapazes de depôr em juizo, e todos aquelles, que erSo excluidos pelo código bavaro, achao-se nelle classificados como meramente suspeitos. Todas essas condições peremptorias, todas essas exigencias formuladas no mesmo código a proposito de cada meio de prova, o projecto, de que nos occupamos, transforma-as em simples recommendações geraes, a que deverá attender o juiz, sem deixar se dominaí' por ellas (94). Da mesma sorte quanto aos indícios, os escrúpulos menos rigorosos do legislador transformao-se em simples conselhos ao magistrado (95); todavia este projecto manteve a Tegra da lei bavara, que proscree a pena de morte, quando os indícios constituent a unica prQva (96 e 96 A).

Devemos igualmente fallar do projecto de lei hanoveriano, que se nao afastava tanto do código bavaro : nelle a economia da pTOva estava regulamentada, e o juiz sempre peado (97).

(92) Este projecto data de 1830 ; acha-se no segundo supplément» extraordinario da coUeção das actas da Oamara dos Représentantes 1830, cap. 4.

(93) Art. 254.

(94) Vide principalmente o artigo GO sobre as declatações do cumplice.

(96) Art. 280.284,287.

(96) Art. 289.

(96 a) Este projecto, que data, como se disse (nota 8 p. 26) de 1830, admittia tambem uma quasi publicidade no fim dos processus. Mas na sessão de 1838, as camaras Wurtemberguezas votarSo uma moção pedindo uma ordenação de processo criminal baseado inteiramente sobre o debate oral e publico. A lei de 22 de Junlio de 1843 attendeu ao seu voto (vide mais abaixo a nota manuscrita) mas sômente em parte (*Nota do traduetor francex*).

(97) Este projecto é de 1830—Vide part. 2, secc. 8.

Por uma inconsequência singular, o legislador distinguira, conforme a acusação motivasse uma pena grave, ou leve ; no primeiro caso mostrava-se mais severo (98), como se a certeza não fosse uma, embora devesse sempre ser a mesma, qualquer que fosse a natureza da pena. Exigia além disso um número excessivo de condições, e entre ellas. as que se referiam à confissão erao formuladas de um modo absoluto, o que é grave erro ; porquanto, se por um lado a confissão nem sempre recebe plena fé, não é menos verdade, que «muitas vezes, quando mesmo um interrogatório capcioso a provocasse (99). não res-tarda duvida no espirito dos juizes. O número dos incapazes para depôr como testemunhas era tambem muito considera-vel (100),o que é um mal, porquanto o juiz, algumas vezes, não pôde fundar a prova senão no depoimento de uma só tes-temunha, que as circunstancias da causa conseguem demons-trar digna de confiança. Para obviar a estes inconvenientes possiveis, o legislador despreza sempre a prova assim produ-sida, impedindo o magistrado de aproveitar-se das declarações tao uteis desta unica testemunha : n'outra parte cahia o pro-jecto no excesso contrario (101), quando, impondo ao tribunal uma verdadeira coacção, declarava mais do que meio prôva-dos *{nuhr ois haib bewiesen}* os factos contidos no depoimento de um official publico [*landesherrlicher Diener*), com tanto que a causa não produzisse senão uma pena leve. Ora a experien-cia desmente quotidianamente semelhante presumpção. A regra de que duas testemunhas fazem prova plena achava-se

(98 Art. 301.202.

(99) O art. 219, n. 2. estabelecia a principio que. para que a confissão pro-vasse, era necessario que não tivesse sido obtida por un interrogatorio inã-dioso.

{100} Art. 214.

(101', Art. 290.



tombera ali estabelecida em termos muito absolutos (102). Os indícios somente, como no código bavarô, não podiam autorizar uma condenação capital (103). Deve-se entretanto reconhecer que, quanto ao mais, este projecto de lei mostra-se mais liberal que o seu modelo; e que nelle se encontram advertências uteis e coucebidas em termos mais gerais sobre a administração e apreciação da prova (103 A).

Finalmente, na Baviera estuda-se um novo projecto de código do processo criminal, que affasta-se totalmente do System antigo. Admitte uma especie de jury, neste sentido, pelo menos, que entre os juizes, cinco devem decidir do facto, e quatro do direito; e os primeiros, depois de um debate publico, sem serem adstinctos à regra alguma, decidem conforme a sua consciencia, se o accusado é ou não culpado (104).

Entretanto no meio de todas essas reformas, o projecto admite ainda uma especie de theoria *negativa* da prova (105); os juizes não poderiam declarar a culpabilidade, se a confissão *não fuisse feita solemnemente em audiencia, e não fosse corroborada por outras provas*, ou se os indícios, não corroborados tambem por outras provas se baseassem somente no depoimento de uma unica testemunha. Mais tarde examinaremos a fundo este System a. (\*)

(102) Art. 222.

(103) Art. 249.

(103 a) Este projecto foi seguido da lei de 8 de Setembro de 1840 que organisa o processo criminal. Outra lei de 19 de Novembro do mesmo anno organisa o processo policial (*Nota do traductor Froncz*).

(104) Este projecto é de 1831. Vide o artigo 164.

(106) 168,

(\*) Durante estes ultimos seis annos a theoria da prova foi muito aperfeiçoada nas diversas legislações da AUermanha. Tjmas formulando antes regras negativas por assim dizer, ou prescrições concebidas n'um sentido mais largo, deixam plena liberdade ao juiz na sua apreciação da prova, ao mesmo tempo

Entre as obras especiaes que, nos tempos contemporaneos, sobre as idéas a influencia a mais nniversal, detre ci-tar-se o tratado de Bentham (106), do quai Damont publicou um extracto (107) Ardente em combater os preconeeifos, onde

que dão ao aeeusado fodas as garantâs necewin contra mn julgamentg arbitrarioou predpitado. Outras preoeupao-aa damais corn a neecessidade de reguiareom predsão a prora par *indicim* c "\*" âeoannada *circunstanciada* Vide 7\* parte/ ; detennmao aob que codições easeBdaesojuiz pôde em tal taso déclarer a culpabilidade.

Entre as Seis que se conforma» coca o primeiro Systems dtaremos: !• A de Meklemboorg de 12 de Janeiro de 1841, \*o\*r» *m proen ou proteste criminel*:

2» Ado Oantão de Berne de 3 de Norembro de 1842tam Bem sobre aprora. que comea deelarando mnito jndidamente, artigo 2\* qœ : *para que passa ha/cer condemnaçSo são necessarias a eristencia deprova reeonhecidad pela lâ.taemeifa\*da culpabttiãade nojuix*. Desde entio este nãoémais obri-gado a eondemnar. por mais perSâtas que sejãoas provas aos olhosdalei. qaando não estirer convecddo de que o aeeusado é enlpado :

S\* *A orienação do processo pénal* do Wurtemberg, de 22 de Junho de 1813 (Videacima nota :>5 a;.— Os artigos234—339 encerrão preseripçdes minudosas sobre a materia, asqnaes, como se percebe bem depressa, são antes de mna nature» *negativa*. São tambem mnito mais simples, que as inscriptas no eodigo Bararo. Quasi sempre os artigos deasa lei são concebidos de modo a deisar ao juiz toda a sua Uberdade de apredaeão.

4» Mas é na ordenaeão do processo pénal Badez de 6 de Marco de 1845que ha progresso; suas preseripções sobre a materia.aila.248 e 271, détermina\* certes limites à ime eonsdenda do juiz.-elle não pôde eondemnar em todos os easos em que faltar qualquer das condições requeridas, e o art. 270 dispõe que: *Quando mesmo todasas condições estùtessem plenamentepreenchidas,nto deterd pr&nuncûtr a condemnaçSo senSo quando a sua couvieçSa seja completa e posiiiica : quando ma présenta das fartai da coûta, dd plena fi as prora\* directas produsidas,- mundo te sentir trresistioelmente arrastado por um concurso de indieios, que se enraaeu, e m appoiSo uns sobre os outras, os quaes serião phenomenot inesplicaseis em qualquer outra hfpethese*. —Note mannscripta do autor. <

(108) Bentham, *RationmU ofjudieiale etidense*, Londres, 1827, roi. 5.

(107) Bentham» *Tratado das proras jmdiciarias*. Paris. 1823. Poiesteextraoto prindpalmente que fez eonheeer o trabalho original.



os encontra, Bentham quiz demonstrar, que em materia de prôva judiciaria houve err/> anteriormente, até elle, de queref traçar regras geraes de apreciação, e de suppôr-se que poder-se-hia determinar na lei os diversos grãos da verdade. Entre» gou-se a novas investigações relativas à verdade, e à sua essen-eia, e crendo ter descoberto as leis da natureza humana, avança certos principios, cnja applicação ao exame dos depoimentos humanos elle aconselha, tomando a experiencia porguia. Parte systematicamente do principio da desconfiança, e prétende ensinar quaes as sancções penaes, com. o auxilio das quaes a confiança poderia renascer, e apparecer mais brilhante.

O seu livro esta cheio de observaçOes excellentes, attestando nm conhecimento profundo dos homens, porém muitas vezes tambem mais especiosas do que justas ; é o que se reconhecerâ facilraente, quando sujeitarmos o seo systema a um 'exame mais profundo. Ad ver sari o radical das instituições existentes, nao se mostra justo em todos os seos ataques, e n&o tendo uma idéa perfeita da theoria légal da prova, pois que nao estudou, nem a legislação, nem a jurisprudencia allema, combate-a a todo o transe (108.)

Novas investigações vierao enriquccer mais a sciencia (109), quando penetrarao na Europa os principios do systema das prova s admittido nas leis, e na pratica judiciaria da Inglaterra. Os trabalbos dos Philips (110), dos Starkies (111) dos Rus-

(108) A escola de Bentham produzio doua tratados mais p'equenos, sob a forma de dissertações academicas, que é conveniente citar aqui: Bolin, *De probatione delictorum*, Gand, 1826;—Swaving, *De judicis anitni sententia in cntninalibus opHtna judtciorum modératrice*, Lugdum Bat., 1826.—Vide o *processo criminal comp.* do autoivcap. 18—19» que é m.ais dôsenvolvido.

(109) Um tratado apreciavel foi publicado sob o titulo de *Evidentia*, Lugdum. 1825, por J. A. Joubert.

(110) Philips, *Tratado das leis da prova*. Londres 1824, 6\* ediç. 2 vol.

(111) Starkie, *Tratado etc.*, 1834, Londres, 3 vol.

sels (112) forSo estudados com cuído ; pouco tempo depois oCodigo das provãs (*Code of Evidence*) redigido por Levingston na America do Norte (113) vëio deraonstrar que n&o ha incompatibilidãde absoluta entre um corpo de regras sobre a prova e o systema do jury. Indagon-se entao se, era lugar de uma theoria formai, nao sãria melhor redigir uma simples instrucç&o sobre a prova (114); depois ensaios legislativos muito récentes, que, ao passo que conservavao a instituiç&o dos juizes regulares, abandonav&o a antiga theoria, e deixav&o a estes plena e inteira liberdade na decisao do ponto de facto, servirao de texto a estudos, como se vê, diariamente renascentes (115).

De todos os autores modernos, o que desenvolveo com mais profundidade os principios da theoria légal da prova, foi Carmignani (116), o quai no seo livro dedicou-se a comparar os dous caminhos oppostos que conduzem à verdade, o exclu- > sivamente instinctivo que segue o homem partindo do senso intimo, e innato, e o traçado pela sciencia e baseado na observação expérimental, e que,estahelcida esta comparação, décide que as melhores garantias da equidade dos julgamentos con-

(112) Russel, *Dos crimes e delictos*, Londres, vol. 1, 1826; vol. 2. 1828.

(113) Um resumo foi publicado nos *Archivos de dir. erim.*, 1.12, n. 16.

(114) Vide o artigo publicado pelo autor na collecção precitada, vol. 13, n. 16; vol. 18, n. 4 e 9.

(115) Vide por exemplo, Gans, *Ensaio sobre a reforma da legislação prus'siana*, vol. 1, n. 6.

(116) Carmignani, *Theoria délie Leggi délia sicureza sociale*. Piza, 1832, vol. 4, p. 101 e seguintes.

sistem na economia da prova bem regulada pela Bhf\*)'. (8) f-^

(\*I A Allemanha acolheu com estima a obra de M. Bonnier (*Tratado das Provas*). Pela leitura deste livro reconhece-se o jurisconsulte consumado. M. Bonnier estabeleceu com clareza os principios geraes da prova; sua classificação é bem concebida; a prova testemunhal, e a prova preconstituída, on pur litulos, ahi são sobretudo sabiamente desenvolvidas. Devemos igualmente fazer orna mençSo especial do *Tratado da prova* (2 vol., 2 ediç., Boston 1844) do americano Greenleaf, professor em Boston. Este escriptot faz derlvar as regras da prova dos principios geraes da philosophia, e da psychologia. Tira partido dos tratados especiaes, que apparecerão na Inglaterra, mas sem nada perder por isso da originalidade, e da clareza que o distinguent e para quem salie quanto é grande nos Inglezea e Americanos do Norte, o poder dos précédentes, e com que cuidado particular se toma nota das questões, que tem relação com a administraqSo da prova, sera facil apreciar o merito de uni livro, no quai abundão as regras, as decisões e as observações praticas (Nota ma-nuscripta do autor.)

(8) Diremos alguma causa sobre a historia da legislaçSo em Portugal.

Depois da invasão dos barbaros, e preponderando os visigodos na peuinula iberica, foi esta regida pelo *Fuerojwgo*, on codigo visigotico, que começado por Eurico foi concluido por Levigildo, no seculo VI. Nesse codigo se fazia distincção entre crimes publicos, e particulares, e nelle se encontrao, assi m como em todas as outras legislnções da epoclia, como meios de prova, os tormentos, os juizos de Deos, e os combates judiciarioa, e como penas, a morte, a prisio, as multas, flagelações e mutilações. Deve-se notar porém que os visigodos nãb erSo nraito prodigos da pena de morte.

Entre elles creara raizes o principio de que sô se podia condemnar algue m por crime, que estivesse previsto na lei, e se algSm caso apparecia, sobre o quai fosse a lai silenciosa, era decidido pelo inopérante. As lois protegi&o os fracos contra os fortes, e erão menos crueis do que as dos outras povos; e an tes da proscriptçSo do direito romano, este (isto 6, o dos codigos theodosiano, e alariciano) concorda com as leis visigothicas, â escolha do réo.

Depois da invasão dos arabes as leis visigothicas continuario a reger os venoidos, porque os vencedores deixarão a estes os seus magistrados e as suas leis. Os godos das Asturias forSo regidos pelas mesmas leis anteriores & invasão.

No seculo X Affonso V de Leão fez uma reforma délias, alterando-as, reforma que foi confrmada no coineco do seculo seguinte pelo concilio gérai da Lusitania e da Gallecia.o que dénota que o poder legislativo residia tambem nas assembléas nacionaes, cuja mais perfeita expressão naquella época erão os concilies nacionaes, cuja missão era mais politica e civil do que espirital; o que é confirmado pelos concilios e cartes seguintes.

Desde o Gonde Henrique que se encontrao vestigios da legislação dos primitivos tempos d» monarquia portugueza: regiSo as mesmas leis visigoticas.

## CAPITULO m.'

INFLUENCIA SOBRE A FORMA DAS DUAS FORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO, O DO PROCESSO POR VIA DE ACCUSAÇÃO, E O POR VIA DE INSTAÇÃO.

### O processo criminal pôde ostentar duas formas fundamen-

mas sempre alteradas successivamente pelas leis geradas prolongadas pelos reis e concilios ou cortes; pelas especiaes a cada cidade, denominadas *foraes*, nos quaes se encontram regras sobre o direito penal, e processo criminal; pelo direito romano dos codigos barbaros; e pelos costumes.

Nos primitivos tempos encontra-se a mesma organisação judiciaria e forma do processo, que nos outros povos os processos tanto civis como criminaes, erSo julgados pelos—*boni homines* segundo as leis geradas ou municipaes, ou segundo os costumes, nas assembleas presididas pelo conde, ou governador, com recurso para o imperante, que podia interpretar\* e supprir as lacunas das leis em vigor.

Nas cortes de Coimbra no seculo XIII, e sob o reinado de Affonso II, fez-se outra reforma legislativa, cuja base foi ainda o codigo visigotico, o direito romano dos codigos barbaros, e os costumes; e muito provavelmente entrou nella alguma cousa do direito canonico.

Desde então começa a pronunciar-se melhor a feição do direito portuguez, que durante a idade média não foi inferior ao dos outros povos.

Na reforma de Affonso II, foi prohibida a guerra e a vindicta particulares, e a acquisição de bens de raiz pelos ecclesiasticos e mosteiros; mas os seus esforços para moralisar o clero, e oppor-se as suas invasões, derão lugar a lucta com a tiara.

Talera então a influencia ecclesiastica que Euy Gomes, prior dos Pregadores, promulgou um codigo para todo o reino, usurpando assim direitos magestáticos do imperante, que continha em si todo o poder temporal, o que obrigou a cassal-o.

A segunda reforma ou compilação das leis portuguezas foi feita sob o reinado de Affonso III, no meado do seculo XIII.

Nesta legislação encontra-se as mesmas regras sobre o direito e processo criminaes, que nos outros povos, abundando as penas pecuniarias, segundo o espirito da epoca. Affonso III continuou a lucta com o poder ecclesiastico, e conseguiu limitar a jurisdicção temporal do bispado do Porto, que elle tinha sido outorgado pela rainha D. Thereza.

A terceira compilação ou reforma (disemos terceira, porque classificamos na segunda reforma as duas compilações feitas por Affonso III com intervalle de três annos) foi feita sob o reinado de D. D. Diniz no fim do seculo XVIII, e esta foi a que serviu de base para as ordenações affonsinas, manuelinas, e felippinas

talraente distinctas, a de accusaç&o e a da iustrucçio (1). N&o diffêrera sgmente por seos traços exteriorea, por exemplo, em

D. Diniz conseguiu flndar a lucta com a tiara corn proveito para 08 direitos magestáticos. Restringio a competencia judiciaria da igreja, que se tinha erigido em juiz supremo de recurso, não sô tirando-lhe o conhecimento de alguns processus, como instituindn a appellação immediata para a corôa de todas as seutenças proleridas por quaesquer juizes. Ao\* poderio ecclesia\*\*rtico den uni grande golpe promulgando a lei da amortisação» cujo germon tinha sido introduzido ha legislação pelos seus antecessores. Para contrebalançai' o poder da intelligencia e a influencia da igreja, e para queo poder temporal, tivesse a seu favor um elemento intelligente, e militante, creou a Universidade de Liaboa (que mai\* tarde foi transferida para Coûmbra). Para que os proces-sos estivessem a par de todas as intelligencias mandou que fossem escriptos em ingua patria, pois an tes erão em latin.

Devemos notar quejâ nesta epoca influiaão na legislação do paiz o Decreto Graciano, e a lei das Partidas de Castella.

O processo passou por diversas phases, cujas divisões chronologicas não se podem precisar ; mas pôde-se afnrmar que até o seculo XVIII ainda vigorava o processo dos l'Ont *hommes oujurati* decidindo conforme a sua consciencia ; depois os processos forão decididos por juizes annuaes de eleição municipal, e por fini por juizes de nomeação regia. quando a monarchia se tornou de todo absoluta.

Os successores de D. Diniz continuarão a melhorar a legislação anterior, e a restringir o poderio da igreja ; e entre elles distingue-se D. Pedro I, que sujeitou ao placito regio as bullas pontificias para terem execução em Portugal, e promulgou diversas leis sobre materia criminal approvadas pelas côrtes d'Blvas, e que forâb compiladas nas Ordenações affonsinas.

No fim da primeira dynastia, além das leia ja apontadas, comecarao a ter influencia em Portugal, não sô a legislação de Justiniano, então descoberta como as decretaes de Gregorio IX.

Abre a segunda época da legislação portugueza o reinado de D. João I, célebre pelos dotes pessoaes do Monarca, e pela influencia\* que nelle exerceo o Dr. João das Regras.

Este foi o autor da célebre toi mental promulgada no reinado seguinte, e de uma traducçãd do codigo Justiniano, com as glossas de Accursio e Bartholo. Desde então as opiniões destes glossadores tiverão decisiva influencia na jurisprudencia.

D. João I tambem encarregou a João Mandes a missão da confeccionar

(1) Vide uma comparação destas duas formas no *PrOcesss criminal oom-parado* do autor, I. cap.£33, e nota 108, cap, 81, que cita escriptos especiaes. —Vide tambem a collecçSo italiana *Antologia di Firenze*, o número d'Abril p. 12.—Vide sobretudo *Carmignani dette Leggi*, etc. vol 4.

que em uma apparece primeiro um accusador, e que o processo, travando-se entre este è o «cuaado. segue mui a marcha analogica a do processo civil, enquanto que no segundo. nm magistrado instructor obra e precède ex-officio : a diSerença profnn-

um código, ou compUacio das lets riantes, que sô foi promuteado DO reiaado de D. Aphonso V eom a denominarão de — Orienções aSonsisas, as es imitarão adrrisao das Decremesde Gregorio IX. tiataudooolrtro 5 do direito criminal. O proceaso criminal remlaaavee pelas mesmas regras do proceaso crvilde L.\*S. com as ponças exeepcões do L.5\* .

Quera comparar esse oodigo com o estado actual do direito Écart horrorisado com a berberidade das penas, com as soperstiçõeas e com a injustice relative entre as diversas classes da soeiedade : mas qnem se coUocar, por abstiação. ne época em que foi promulgado. eo comparar com os eoiigos dos ootros poTos contemporaneos. reconbecerá que nenhum destes UM è snperior.

O eodigo afioasino é a base dos posferiores. e a fonte de algumas disposições de nossa legislação criminal, e entre eiias apontatemos a do art. 205 do Cod. Crim. (que tem dado lugar a iatenninaveis questões, que Um por fonte a Ord. affons. L.\* 3 T.» 123.

Os autores dos códigos posceriores não fixerão mais que copier o aSbnsino com algumas alterações, e nem sempre para melhor, como pensa V.J. Ferreira Cardoso.

Pouco mais de meio seculo depois D. Manoel enearregou a uma comissão composta da Rni Botte, Bai da Grã. João Cotrim a revisão e alteração do Código aSbnsino, e esta nova compflação foi impressaem 1521 com pequena-alteração do código aSbnsino, excepta no que disia respeito aos mouros e judeos, , .a

Pela lei de 30 de Janeiro de 1519 D. Manoel creara juizes de pas sob a denominação de avindores. ou conceriadores, mas esta lei não foi consolidada no código manoelino.

No mesmo reinado forão reYistos. e reformades todos os foraes. que se oppunhão à harmonie, e unidade da legislação. e com egeito esta sa tornon depois mais gérai e harmonica, porque os priYiiegios, e exçeções dos foraes Êr rão restrictos as prestações. impostos. e honras. que pouce releção tinhão com o systema gérai da legislação.

Moi tas outras lets forão promulgadas até o reinado de D. Sebastião. as qoaes forão compiladas por Duarte Nanes de Leão sob a deneminacão de extravagantes, e confirmadas por Álvaro de 14 de Feveiro de 1569.

Este foi operiodo do florescimento das letras em Portugal, mas tambem foi nelie que se introduzio a inqnisição sob o reinado de D. João m.

Depois da occnpação hespanhola Felipe I maudou rêver e consolider as leis existentes, e este obm na quai trabalharão, Pedro Barboee. Paulo



da que os sépara consiste antes na direcção gérar, no carácter principal dos actos diversos que os constituem, conforme o ponto de partida., que tomâão., ou o da acção, ou o da instrução ; e como o processo criminal se desenvolve de con-

Afonso, Danião de Aguiar, e Jorge Cabedo, foi publicada em 1608, com o título de *Ordenanças ffeitas*:

Foi um copia sem merito das ordenações manolias e das extravagantes de D. Sebastião, e para conhecer a porção critica, on precipitação com que foi feita, basta recordar que ainda nellas, se achão authorisadas como subsidios legislativos as opiniões de Accursio e Bartolo, que, importantes no seu tempo tinhão no seculo anterior ncado muito a quem do deºenvolvimento e progresso do direito, depois do nascimentoda escola fundada por Alciato, denominada cujaciana por causa do grande Cujacio, que depnron o direito rotrião, e empregon na sua interpretação um methodo mais racional, e philosophico.

Desde ahi começou em Portugal o direito a decahir e a tornar-se rotineiro, e a rotina creou tão fundas raizes, que não pode ser de todo extirpada pela lei de 18 de Agosto de 1769, e pelos Estatutos da Universidade de Coimbra. Assim como as ordenações anteriores, a ffeita trata do direito e processo criminaes no livro 5º, especialmente do processo criminal do tit. 184 em diante.

Nas ordenações já não se encontrão vestigios dos processos julgados pelos front *homines* ou *jurati* ; e por consequencia a verdade formai é o fim quasi exclusivo da prova. Além deste defeito encontrão-se outros como a das inquirições sécrétas, os tormentos, como meio, de prova, e a severidade em certas penaa. Em compensação porém vemos já nas fianças uma nomenagem à segurança individual.

A legislação soffreo completa reforma sob o reinado de D. José I, e pela influencia do marquez de Pombal. Além de outras a lei de 18 de Agosto de 1769 abriu nova era na legislação e jurisprudencia. Foi tirada a autoridade as opiniões de Accursio e Bartolo, e de quaesquer outros doutores, e mesmo aos proprios textos da legislação romana, quando não fossem fundada em boa razão; classificão-se e graduarão-se os subsidios legislativos segundo a natureza das materias, e obrigou-se o juiz a decidir pela sua razão, e não pelo que dizia este ou aquelle ju.ºnsulto, nas palavras das quaes se imitava a jurar anteriormente.

Incontestavelmente o reformador pertencia a escola Gnjaciana, a qual se deve além de outras cotisas o imperio da razão philosophica na interpretação dos casos dvidosos. A reforma foi uma reacção.

A regra da boa razão não deixa de ser um pouco vaga, e mesmo arbitraria ; mas é sem duvida melhor do que o anterior methodo scolastico, superatioso, e acanbado que considerava em tudo a legislação romana quanto ao direito com a mesma força do que o evangelho quanto a religião.

Mas não obstanle as reformas na legislação civil, o direito e processo cri-

formidade com um systema logico, e cobrdenadô em todàs suas partes, segûe-sé que os princSpios, que président à administração, e â apreciação das penas, varião entre si em razao da forma dos processus.

Quem estudk a historia d esta s duas formas (2), convince-se logo que a organização da sociedade poiitica exercera sobre seos desenvolvimentos uma poderosa influencia (3), que onde reina a democracia, domina o processo de accusaç&o ; o povo vê em qualquer accusação proraovida contra um cidadão uma offensa perigosa â liberdade civil e individual-, e se mostra desconfiado em relação ao poder, ao quai a accusação vai dar armas. Porisso mesmo esforça-se em augmentar, tanto quanto lhe é possível, as garanties existentes contra todos os abusos possíveis ; quasi que nao vê no processo ctiminal senao a questao poiitica, desprezando muitas vezes a questao puramente judiciaria.

minaes continu&rão estacionarios, ao passo que a civilização caminhava. E este estado continuou até o présente seculo nao obstante as tentativasfeitas (lesdesl778.

B nés ta epoca já havia tSo grande antipathia entre a legislação antiga e as idéas, que muitas leis cahirSo em dezuso como o reconheceu o decreto de 81 de Margo de 1678.

Em 1783 foi encarregado a Pascoal José de Mello Freire o trabalho de confeccionar um código civil, e outro ctiminal, trabalho que elle levou ao cabo, mas que nao foi dado à execução, e até a nossa independencia continuou a reger a legislação antiga, com a sua penalidade barbara, na quai predominaya a idéa da vinganca e do terror, e com o seu processo comparativamente menos defeitoso do que a penalidade, mas contendo sempre os sous vicios de origem.

Nocorrer da obra fallaremos sobre o nosso direito actual. Mello Freire, Operajom. 6 ; Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e da legislação de Portugal* ; Sitaa Ferrão. *Theoria de Dir.* pen.tom. 1, cap. I e 2: Ord. affons., Prefação ; Figueiredo, Sinopsis Ohronologica, Introdução ; Fr. Brandao Monarchia Lusitana,

(2) Vide o *Processo crim. comp.*, part. 1, cap, 71,

(3) *Garmignani, delk Leggi*, etc. vol. 4. p. 81 e seguiutes.



À forma inquisitorial, pelo contrario, pertence principalmente ao systema moharcnico ; adquire todo o seo desenvolvimento nos estados, nos quaes o movimento das idéas politicas é contido, por um poder active-, central, dando impulso a agentes subordinados, que em todos os sentidos se graduao em gerarehia : este poder supremo ordena a perseguição dos crimes no interesse da segurança, e da ordem publica ; por instrucções erigidas em leis guia para este fim os passos da justiça ; e enquanto sujeita os factos'a um exame lento talvez, mas aprofundado ; enquanto obriga o magistrado a seguir sempre as vias legais, o processo criminal não é a os seus olhos senão um simples negocio de administração. Assim é que na antiguidade, e sobretudo no tempo das republicas, vemos predominar a forma da accusação, como tarabem, vêmo-la em vigor no antigo direito germanico, enquanto o poder popular deo vida.à instituição dos scabinos ; assim é ainda que no Baixo Imperio romano (4) se mostrSo pela primeira vez algumas instituições com caracter inquisitorial ; da mesma sorte na média idade o processo de instfucção esteve em vigor por toda a parte em que o poder central mais crescera, por toda a parte em que se considerava a pena como umaconsequencia do crime, reclamada principalmente pelos interesses sociaes (5). E'facil agora explicar porque nas monarchias constitucionaes, nas quaes domina a necessidade de cercar de garantias as liberdades individuaes e ci vis, e nas quaes o processo criminal é considerado como um meio possivel, e terrivel de oppressao, manifesta-se uma tendencia pronunciada a favor do regimen da

(4) Não deveria haver mais discussao sobre a não existencia do processo inquisitorial • no direito romano ; poder-se-liia sem duvida prender ao principio inquisitorial o estabelecimento de certos funcionarios nomeados para a pesquisa dos delictos (*Trenarchæ, stationarii*) ; mas, no fundo, a accusação não deixou de ser a forma fundamental.—Vide o *Procès, crim. camp.*, part. 1, cap. 31, e notas 15 e 16,

(5) Por isso os primeiros traços do processo inquisitorial se manifestão nas cidades. —Vide o *Procès, crim. convp.*, part. I, cap. 31 e notas 48 e 49.

Considerado por v» dTs&caaa partes ad^eraaa. da» a verdad\* daa  
 aaas asâerçô^sjTëMĭj final na causa, O acenaador em] dispor para  
 estabelecer a aua querd aado emprega em aua defeza  
 os mconveniCodas a\* arořas^e^S conqaiatar a \*et> E&vor a  
 pondo-se aei opinião do|ufz, El fada, no tempo doa jriizos de Deos,  
 eliherdade: e dos accusado e o acenaador ae coIIûca-v2û aj hoje  
 que o processo ae ressentido dos progresses da  
 civxliaação-<sub>T</sub> é ainda an cotnbate que *m* trava, coeabate ao quai aSo  
 postas em jogo todaa aa potências do espírito; no quai a palavra e a  
 per-suarSo Sio aa arma\* permittidaa. •qne, -leepindo a befU fraze 4e  
 GaTBÛgnani | 7)<sub>T</sub> tem par terreno a ©josrienci» do jrâ, que oa doua  
 adreraarios ae eaforçao de convencer, e conqoiatair. Enfi.m , o  
 meamo jniz não sera urna terceira força passfra, «\$ne recebe o seo  
 împalao daa outras duasî

Portante rê-se qoe ao proceaso por aecuaaçãoa îndagaçSo da  
 verdade opera-ae por via de synthèse: arabe» os antagonisias  
 apresentSo nm corpo de afErmaç/fe» precisas, s ocerecem as provas  
 defla».

(B) Sobre a v»n&cdeiro aentfeto do praceso pot via da irirpriartão, xrâfe  
 OErsted, *Observasses* IMII« saôre o *objecta da legistaçfCo- erirn^* p. 284, — VM'e  
 nm aĩtijçn do aator nos *Archivas de dvr. cri-m*, t. II, p, 4R9-

(7) Ct#m%<yna\*i, faite Leggi.. t, 4, p^SSi.

Assim, logo no eoraeço do processo o accusador apresenta-se ©articula a sua queixa ; porém esta vantagem tem o seu reverso ; tendo os processus uma publicidade illimitada, o seu effeito é tanto mais pernicioso ao accusado ; o legîslador vio-se obri\* gado, por consequencia, a conceder-lhe garantias contra a accu- sação calumniosa, quer exigindo do accusador uma eaução, quer ameaçando-o com a pena de prisao, etc.

A accusação uma vez intentada dispensa a -necessidade da instrucção pr'eliminar ( 8 ), os processus instaurao-se immedia- tamente :<sup>r</sup> o accusador e o accusado entao na arena sob as vistas do jury, a quem desejao persuadir.

Os interrogatorios do accusado differem essencialmente dos que se fazem no processo inquisitoxial ( 9 ). Com effeito, depois da accusação formulada publicamente pelo accusador, basta explicar a suaqueixa, e ouvir a justificação do accusado, sem que o juiz tenha necessidade de provocar uma confissao ; é esta uma consequencia da maxima, dominando todo o processo d'accuaação, que a prôva incumbe ao accusador, e que nao lia necessidade de fazer da confissao do réo o fira das inyestigaoes do juiz.

Nao se poderia tambem constranger o accusado a responder. A tortura é um meio inteiramente estranho ao processo d'accu- sação, e se o roinano a admittio (10) foi partindo d'uma outra

(8) Esta instrucção ao me nos se restringe a uma especie de exame prsvio (indaga-se, por exemplo, se o accusador é qualificado) depois do que tõem-se logo as medidas prep iratorias para a instrucção principal e publica.

(9) Vide o *Proeêsso crim. comp.* part. 1. cap. 100.

(10) Dig. L. i. T. 18 ; Cod.. L. 9. T. 41 (S).—Vide o *Processo crim, comp.* cap. 18.

(S) O direito romano nos lugares citados sob o titulo de *Qucetionibus*, nao se mostra muito favoravel a este meio de prova. Q jurisconsulte Ulpian, e o Imperador Augusfo declarao que não se deve começar o processo pela tortura, e sômente se poderá empregar esta como prova accessoria, quando já houver outras.

A tortura era empregada contra os escravos, por excepção contra os ho /

idéa, e coñô uma medida util ( 11 } para reforçar a veracidade das testemunhas (12). Mais tarde, é verdade, o acusado foi igualihente a ella submëttido ; porém entao nota-se já na legislação romãna a influencia do processo inquisitorial:

E' da essencia do processo de accusação que seja debatido inteiramente perante o juiz definitivo ; por ser principalmente sobre elle que o accusador e o accusado querem actuar por todos os meios convincentes, de que podem dispor. Quanto ao jtaiz, nao pôde ser instituido pelo soberano ; de outro modo, e por causa das idéas politicas inhérentes ao systema accusatório, incorreria na desconfiança publica. O povosô pôde ser juiz, ou delegados esoolhidosem seo seio, defensores vigilantes e zeladorés das liberdades ; a elles sômente confiará a sociedade o poder temivel de decidir dos diréitos mais sagrados dos cidadfros. Perante taes juizes os processos serao, por assim dizer, postos totalmente em acção ; cercar-se-hao de solemnidades numerosas, reguladas conforme a importancia do drama que representai.

Sera, repito, uma acção de scenas ciirtas, onde figurarao ambasas partes, produzindo cada uma suas provas respectivas, edirigindo-seé. conscienciado juiz; depois, terminada a lucta, este, sem mais demora, decidindo sob impressoes ainda récentes, dira de que lado esta a justiça ( 13 ).

mens livres em crimes de lésa magestade, e nunca contra os condecorados com alguma dignidade.

Bmrega os escravos nao podião fazer carga contra os seus seilliores para nao se os obrigar a quebrar a fé, que lles era dévida, salvo muito poucas excepções.

Mas nao se dava as torturas a plena fé, que tiverSo na idade média, e pelo contrario a lei 1 g 28 dig. eod. tit. nega-lhes essa iuteiva confiança, que tilião os outras provas. , ^

A regra era, que o juiz nao era adstrioto aos resultados da tortura, mas tinha o prudente àrbitrio de os accitar, ou regeitar, como entendesse ;' porque erao *pouco seguros, perigosos e tràhião o verdade*.

(11) Assim applicava-se a certos indivlduos que parecião não ser inteiramente dignos de fé,' lei 15 pr- D. *de Quæst*.

(12) *Carmignani, délíe Leggi*. t. p. 70.

(13) Jamais acontecerá no processo da aocusação que ojuiz ordene mais amplas infovmagões antes de proferir sentença.

A administração das provas deve ser feita inteiramente perante o juiz, e a sociedade tomando parte immediata no resultado desse negócio grave, o processo devera ser publico, e o debate oral ; uma instrução escripta afastar-se-hia do fim, e seria além disso superflua, visto o juiz sentenciar sem recurso, e assistir à toda lucta.

O principio, que regula a apreciação da prova, basea-se na maxime, de que esta apreciação é uma operação ao alcance de todos os cidadãos dotados de razão, e amadurecidos pela educação e pela experiencia ; e com effeito, trata-se somente aqui de usar convenientemente do senso intimo, que guia todos os homens para a verdade, trata-se de decidir, segundo as impressões nascidas dos debates : se o accusado é ou não criminoso.

O processo inquisitorial tem um caracter inteiramente diverso ; seu fim principal e fundamental é tirar partido de todos os indícios tendentes ao crime ; é o exercicio de todos os meios investigatorios authorisados pela lei, por intermedio d'um magistrado instituido pelo Estado, circunscripto em suas attribuições pelos termos expressos das instituições legais emanadas do Estado. O alvo final e a prova da verdade material em sua expressão mais completa, a fim de que possa ser decidido, se tal crime fora commettido, se o accusado fora o seu autor.— Este processo segue portanto uma marcha totalmente analytica (14), e o magistrado applica, por assim dizer, a dúvida e a observação philosophica a todos os pontos peculiares, que podem conter materia para descobrir. Não ha aqui, como no processo de accusação, mais dois antagonistas, entre os quaes colloca-se o juiz, tendo nas mãos a balança; não ha mais desde o começo esta imputação determina da, esta affirmação positiva dos factos constitutivos do crime : a cada passo a medida que os pontos da prevenção adquirem maior publicidade, e dirigem-se mais directamente ao accusado, a medida tambem que as diligencias

(U) Oarmignani, dette *leggi*, t. 4, p. 24.

judkàaes padem les» mai\* OS abattus deste, cada na dos actes judkarios dete jusnificar-se por présupposes seanKç creata» tes. e rtresultados do procès» anterior. Por isso as priaieirôs trahalW do procès» tnqtàtarial J\*D secnetos, e îsto BO> m\*\*» do iodiciado : poruuanto\* jào disse\*\*», este sTStenta USo admùte que se passa indiciar preri» • pnhlkameate\* fHfi caininha-se an silencio a procura da «erdade. Par esta ratio ajuda. te interajçatorios n3o podem\* «a\*rr»T «s mesi-ttu formas que uo procès?\*} accresatorio. Rerelar «a motiros de suspeita contra o indkiado ©bstaria a eon§ss3o d\*.\* faciôs. Cra teudo-se en Tista principalmente a cooquista da rerdade matériel, o processoinquisitorial tende a proTocar a c^nfisheso. que, obtida e.tosâencio\*»r.»eate. e prudenten.ente vmfkada com o aimlio des outras pieras. parera dever por excellenoc» garantir a Terdade da imputacao. B\* rerdads que, derèando-sc anastar de mais par esta tendenda,eae^\*-« fecilmente ao emprego da tortura,— À histrucçs© ecan as suas phases, e gsêas dhersos. com esta diretção constanteniente seâruida. sera fcreosameate certa lenti&o. Xs© obstante. devendo alla passa? soVosolhos dos joiaas definitnw. \* neaessarfe ledozMa a peças esniptas; adquire tanibeni non grande importance\*, ^trâto\*\* proresso ife. qnisàtoria! admittir a terurso.

Passaudo a «v oatio pente et vista : o procès» e julgsmto dos deltoosnestesTstoa\* appaiÉBam ente n» nesudodeEstad\* a&rtandotodaasocieaade; par isso m deàsio das causas criminées dererà ser eoonadn a jure» noneado\* peio pader centrât vas Ma sa Uses pode concéder, cas» «as jetées papa-lares» o sentence» Krceacnte conforme a cjaoseïeneïa. e sem enunciar os sens motifs. Assim como toàss as outres maris-trados. dexten os jurées sesuir as instrucçses Ssadas pek» legfe-ledor, e pois que o procès» nSo ê ®ass uraa espeeefe de dnefe

judiciário, porquanto não se trata simplesmente de decidir quem tem razão, se o acusador, se o acusado, era necessário que a lei, dedicando-se exclusivamente à investigação da verdade material, estabelecesse certas bases de prova, que a experiência há longo tempo verificou serem as fontes mais seguras da certeza; e determinando, que somente sobre ellas se baseasse o julgamento, deixando a menor latitude possível ao arbitrio do juiz, era necessário que confeccionasse um sistema inteiro da prova dominado por um espirito científico, ao mesmo tempo que os interesses da verdade e da inocência ali achassem garantias as mais desejáveis.

O processo criminal alemão applicou fielmente todos estes principios do processo inquisitorial.

Dissemos já, que o predomínio de uma ou outra forma em um Estado depende principalmente da sua constituição política: não é de admirar, pois, que se encontrem nas legislações europeas, e nos modernos projectos legislativos, certas tendências para a forma accusatoria. O processo inglez, entre todos, parece ter sido adoptado em sua pureza, e no entanto seria um grave erro julgar-o analogo ao sistema da lei romana. Na Inglaterra, como em Roma, é verdade, o juiz não pôde proceder ex-officio, e a instauração do processo só pôde ser provocada por uma accusação privada (16), nem ha entre os inglezes um magistrado encarregado como accusador publico de collegir os indícios do crime e persegui-lo (17), communicando-o ao juiz processante com a sua requisitoria. Da associação deste magistrado e da propria existencia do processo accusatorio, procede não somente a augmenta funeste dos crimes neste paiz; porém examinando-

(16) Vide o *Processo crim. comp.*, part. 2 cap. 187.

(17) D'alii uma impunidade frequente e escandalosa, que mesmo na Inglaterra tem dado lugar a muitos clamores. — Vide o *Processo crim. comp. loc. cit.*, not. 1, 2, 3 e 4.

se mais acuradamente a jurisprudencia nota-se differenças importantes entre a deste povo e a dos romanos. Prende-se rouito ao systema monarchico e ao principio racional, que moetra no processo criminal itm grave negoeio interessando em alto grão a toda a sociedade. As antigas tradições fazem do rei guardà supremo da paz (18); vella sobre a sua conservação por intermedio dos sens officiaes (19), entao tem elle proprio um interesse pessoal na pnnição dos delictos. Tal é o fdndamento da acção do juiz de paz (20), que collige em uma instrucção preliminar os materiaes da decisao a preferir sobre os factos de infracção à paz publies ; e sabe-se que em segoida tenta frequentemente provocar a confissao do accusado (21). O systema das antigas *corporações civis* (22,) originou o grande jury] que constitue uma garantia benefica para o accusado, e sbsta a que accusações temerarias e ineptas sejam levadas aos tribunaes publicos; além disso o Estado nunCa deixa de mostrar o vivo interesse que toma nos processos; e a formaeao da lista dos jurados torna-se uma attribuição dos roagistrados (23). Em consequencia da lucta entre o poder real e o popular foi necessario tracar entre ambos umalinha de demarcação ; d'ahi a instituição do jury e as suas relações com os tribunaes compostos dejuizes nomeados pelo chefe do Estado; d ahi a divisa© estabelecida entre o ponto de facto e o de direito. Os progressos

(18) Bracton, de *Legibus Angliæ*. 3, c. 10.

(19) *Osheriff* comb o juiz de paz devem ser incluídos na mesma classe qae estes officiaes.

(20) Vide o Processo *erim. comp.*, t. 2 cap. 137.

(21) Eussel, *Dos crimes e delictos*, IIp. 645,640.

(22) Vide Processo *crimeomp ., Particularidoies Mstoricas*. 1.1 cap. 4L

(23) *Ados* do parlamento de 23 de Jnnho de 1825. — Vide *Processo erim. comp.* 1.1, cap. 21.



da civilização, a influência das idéas espalhadas nos povos vizinhos sobre o processo ex-officio, e a importância da verdade material ; a influência também dos tribunais espirituais (24). que na Inglaterra, como em outros lugares, vigoraram durante toda a idade média e ainda por muito tempo depois, todas essas causas reunidas deram ao processo inglês um carácter decisivo de organização systemática ; um movimento dramático da forma accusatória ali não aparece, para dar lugar as solemnidades graves e menos ruidosas de uma devassa. A prova desde então foi regulada por leis e prescrições numerosas (25) ; a sua apreciação foi submettida a uma espécie de teoriageralmente aceita, favorável principalmente à verdade material; e o jury, em sua decisão, todas as vezes que se apresentavam questões de direito, deixava-se guiar pelo juiz togado- (26).

Mesmo hoje, e em razão dos motivos supra mencionados, cada dia a Inglaterra avança neste caminho de organização systemática, que tem por fim principal o descobrimento da verdade material (27).

Sustentou-se muitas vezes também que o processo criminal na França baseia-se no princípio da accusação, mas esta opinião porém é errônea, muito mais do que em relação a Inglaterra. Algumas particularidades secundárias, prendendo-se à forma accusatória, não podem instituí-la. Além disso, o que prova o

(24) Os processos *by information* derivam delas. — Vide o *Processo crim. comp.* t. 1 cap. 21.

(25) Pouco importa que a maior parte destas regras não tenha sido consignada nas leis escritas : ellas existem na *common law* e esta é na Inglaterra considerada sagrada da mesma sorte que o *Statute law*, — Vide o *Processo crim. comp.* t. 2, cap. 195.

(26) Vide o *Processo crim. comp.* t. 2 cap. 21, 9.

(27) Não vem mencionar entre outras as dissertações recentemente publicadas relativamente à questão da unanimidade dos votos. *Law magazine* liv. 16. p. 44 46,

predomínio de forma inquisitorial na França '28,) é a instituição de um ministério público, funcionando em nome da sociedade (29), fazendo obrar o juiz processante por meio das suas requisitorias, e transmitindo-lhe todas as provas já descobertas na causa : é também esta lei de imparcial atenção que deve guiar este juiz, quando colhe e renne essas provas, lei que traça igual procedimento ao inquisidor.alemão §10). Em cada uma dessas importantes phases a instrução preliminar do processo soffre o exame de um tribunal não menos imparcial, e por consequencia torna-se impossivel o abuso da parte da inquisidor (31). Ha casos finalmente em que o processo não se instaurado. independentemente da provocação do ministério público, pelo magistrado *ex-officio*: são os de *flagrante delicto* (32). O tribunal de appellação mesmo pde, quando lhe parecer que *oprocuroador doreise* conserva em uma inacc&o premeditada (por causa, por exemplo, de motivos politicos,) impedir os effeitos da immobildade prejudicial do accusador publico, iniciando por si mesmo o processo (33). O tribunal (*âesmises en accusation*) não está rigorosamente limitado no exame da questão aos diversos pontos da instrução, e aos roateriaes por ella fornecidos ; pôde ainda no interesse da sociedade ordenar

(28) Vide o *Processo crim. comp.* t. I, cap. 33,

(29) Vide o *Processo crim. comp.* t. 1, cap. 13 e 2Q.

(30) Ao menos assim deveria ser, e os juizes de instrução conscienciosos lhe obdecein em França.

(81) Com effeito nos termos do código de instrução criminal, art. 197, o juiz de instrução é obrigado a dar contas, uma vez por semana, dos negocios. enja instrução lues foi encarregada, e a provocar uma decisSo dos juizes rennidos em tribunal.

(33) .*Código de instr. crim.* art.32.

(33) *Cod. instr. crim.* 235.

maik amplas diligencias (34) ; e o processo principal, in corno os debates publicos e oraea, que se seguein ao decreto profèrido par este tribunal,' têmsempre por fim a investiga-oao da verdade (35) : por oonsequeencia o prèsidete tem o direito de fazer oiivir *eao-oflício* qualquer testemunha ou perito no correr dos debates (39,) embora estes individuos não estir vessem no roi das testernûnhas da acçusação on da defeza. Emfim a audienciâ de todos, dirigida pelo prèsidete en) pes-soa, vem tambem attestât, por nma tendencia pronunciada para a verdade material, quão grande é a influencia do principe inquisitorial no processif firancez.

## CAPITULOIV

### FORMAS MIXTAS DO PROCESSO

Muitas legislações modemas, por exemplo a napolitana (i), a - dos Paizes- Baixos (2), a de Wurtemberg (3), o projecto ba-naro (4), e a naaior parte dos Oodigos promulgados nos can-toes saissos der&o evidentemente ao processo criminal uing. forma mixta, en me explico : o legislador foi escolher entre as 'diversas legislações existences, n&o sô as que se baseão no principio da accnsação, como os que se baseão no da instrue-

(34) *Coà. instr. crim.*, art. 228-

(35) Vide o *Processo crim, convp.* t. 2 cap. 156.

(36) *Gua. inst. crim.* art. 269,

(lj DêlSI9, Vide o meu artigo a respeito, na *Revista da juvisprudência titrangeira*, vol. 5, p. 128.

(2) Vide o meu art i go na mesmi Revista, t. 1, n. 20; t. 2. n. 6. Este projecto en de 1888, mas umalei definitiva foi promnlgada em 1836.

(3) De 1813, Vide tambem o projeto de 1811, e o que mais acima, cap. 8, not. 69\*. se disse em referencia a elle.

(4) De 1834.

çBo, as formas e as instituições as mais próprias para facilitar a descoberta da verdade absolut», a punição dos culpados, e a salvaguarda da inocência. Estas formas mixtas recentemente encontrarBo em Carmignani o mais violento e o mais poderoso adversario (5). Na sua opinião existem, nas duas formas de accusação e instrucção, dois elementos completamente heterogeneos, e inconciliaveis, cuja combinação nfto pôde deixar de produzir funestos resultados. O processo de accusação, que corresponde ao systema democratico se inicia, diz elle, por uma affirmação claramente estabelecida, e logo depois, sem previa instrucção, sent que seu curso seja suspenso por qualquer obstaculo, sem que o tribunal, por exemplo, tenha de pronunciar-se sobre o recebimento da accusação, deve ser proferida a decisão definitiva, baseada nas provas fornecidas pelo accusador, e nas justificações do acusado.

Era reatmo, continua elle, a forma da accusação repudia o processo escripto; existindo a confissão, faz prova absoluta; juizes tirados do seio do povo decidem entre o accusador e o accusado, sem estar ligados a regras de prova, sem outra lei além da sua propria convicção.—No processo inquisitorial, ao contrario, Carmignani vê uma série não interrompida de actos legais; só é necessario o processo escripto; a confissão e o depoimento de testemunhas são os unicos meios de provas admissíveis, e os indícios jamais podem fazer a base de uma condemnação regular. Emfim, quando o juiz quer exprimir suas duvidas sobre a inocência do indiciado (6), tem necessariamente de proferir a absolvição provisoria da instancia.

A instituição de um accusador publico lhe parece uma

(5) Na sua obra precitada, vol. 4, p. 281—813.

(6) Na sua obra precitada, vol. 4, p. 282.

inconsequencia profunda (7) : a publicidade do debate principal não se pôde harmonisar com o caracter do processo, e, na sua opinião, autorisar o juiz regular a condemnar sobre simples indícios, seria prender erradamente o principio da liberdade absoluta das convicções ao principio da theoria légal da prova.

Não ha duvida que muitas cousas são verdadeiras nas idéas de Carmignani. Não seria injusta a censura, que se fizesse aos legisladores modernos principalmente, de se deixarem seduzir pela novidade, de terem em vista concepções originaes, e de, querendo agradar a todos os partidos, rem pedir emprestados artigos de lei à todas as legislações possiveis ; de esquecerem enfim, que estando elles ligados a um corpo, a um complexo de prescrições logicamente ordenadas, arrancar-as dahi para as transporta? para outro lugar, é querer criar um edificio sem harmonia. Assim, quando o processo é escripto e secreto, torna-se inutil (8) a instituição de um accusador publico (9). Assim, não se consegue o fim, quando se imagina constituir a publicidade no processo escripto, tal como se pratica na Allemanha, ou obter de lá todas as vantagens, só por se autorisar a defeza publica em uma especie de processo secreto (10); quando se dá a juizes régulas graduados em direito a faculdade de seguir sua propria convicção (11), ou ainda quando se persiste em autorisar a absol-

(7) *Tbid.*. TOI. 4, p. 284.

(8) Em algumas provincias do Hanover, em Bremen, por exemplo, depois do encerramento da instrucção preliminar, um fiscal offerece, e lavra o auto de accusação : mas nisso não vemos utilidade, e pelo contrario vemos uma causa de delongas.

(9) Também não podemos approvar a instituição do accusador publico no systema da nova lei de Wurtemberg.

(10) Vide Feuerbach, *Considerações sobre a publicidade*, t. 1. p. 98.

(11) Vide o meu artigo nos *Archivos de direito criminal*. 18, n. 4.

vição de instancia (11 bis), sendo publico e oral a instrucção principal, e tendo os juizes régulas liberdade pleua e completa de apreciação (12).

Tais tentativas não podera deixar de ser severamente censuradas, mas segue-se dahi, que se deva com razão combater a todo o trance qualquer forma mixta de processo criminal ? Pode-se com razão pôr em relevo os erros seguintes no sistema de Carmignani :

1º Demais attribue exclusivamente ao principio da accusação, tal como o quer comprehender, muitos caracteres essenciaes a todo processo criminal, e corollarios de suas premissas fundamentais ; por uma distincção absolutamente decisiva oppõe a este principio o da inquisição, como não podendo jamais na sua opiniao admittir estes mesmos caracteres, apauçagio especial da accusação. Não sera com effeito erigir uma theoria arbitraria, o sustentar que sô no processo de accusação pôde ser proferida a condemnação baseada na prova dos indícios? o que é consequencia da opiniao, desde ha muito sustentada, de que os indícios não podem dar lugar & prova completa, aquella que satisfaz plenamente a intelligencia.

Não sera igualmente arbitrario ver no *absolutio ab instantiâ* uma medida necessaria do processo de inquisição ? (S) '

(II bis) A *absolutio ab instantia* é o lançamento pvovisorio do processo,—  
*Nota do traductor.*

(12) O que faz o Godigo napolitano.

(S) A nossa legislaço criminal fornece exemplos, a favor do autor e contra Carmignani, de que ha principios que podem existir em qualquer forma.

A principio liouve a intenção de dar-se ao nosso processo a forma da accusação, e tanto que não obstante separar-se a formação da culpa do Julgamento definitivo, todavia era sempre a Jury quem tinha de proferir a pronuncia, e por consequencia com a liberdade de pronunciar, ou não, segundo a sua convieção. "i^.-.

Depois a pronuncia foi encarregada a juizes regulares, e ao juiz sô foi deixado o julgamento definitivo (em regra). '

2º Carmignani engana-se também, quando considera certas formas, como coadjutores necessários de um ou outro systema. somente pelo facto (sem outra razão além do accuso) de se encontrarem mais ordinariamente em um ou em outro pro-

Talvez estejamos em erro, mas sympathizamos mais com o primeiro systema mais conforme com o logiez.

Hoje o nosso processo não pôde deixar de ser considerado mixto, pois que participa de ambas as formas.

A té o último recurso da pronuncia o juiz instructor pôde empregar os meios ao seu alcance para o descobrimento do verdade, mesmo ex-officio em certos crimes.

Depois da pronuncia, e de affecto o processo ao jury, a forma é a da accusação com a differença que, não só a parte offendida. como o promotor publico em certos crimes podem promover-a. Mas não obstante a processo ser aqui accusatorio, passar como inconcussa a regra que os jurados podem decidir segundo a sua consciencia, e não ter o julgamento recurso ordinario (pois que consideramos extraordinarios ou excepcionaes os recursos, que se podem interpor da sentença do jury) ; todavia os juizes não são tão livres como parece à primeira vista, sendo uma das primeiras regras, a que estão sujeitos, a do art. 36 do Cod. Crim.

Ha muita cousa boa na forma mixta do nosso processo, mas ha tambem alguma cousa que se devia reformar.

A confusão das attribuições judicias e criminaes das autoridades policiaes tem provocado justes clamores.

Além disso ha crimes, cujo conhecimento definitivo deve ser restituído ao jury, ficando reservado as autoridades policiaes o conhecimento somente dos delictos propriamente policiaes ou contravenções policiaes. Entre nos não é a natureza do delicto, que lhe dá o character policial, mas sim a taxa da pena. Deve-se limitar o número dos processos especiaes.

As injurias, mesmo as impressas, devião ser julgadas pelo jury mais livre de attender as escusas do réo, mormente subsistindo o principio, de que as injurias a particulares, ainda que provadas, não relevão da pena, principio que nos parece admittido pelo nosso Codigo Criminal (talvez com demasiada severidade) não obstante a opinião contraria, que suppõe achar apoio no art. 239 segunda parte.

A sociedade não lucra com a punição das injurias, que mutuamente se dirigem DO momento da contenda de individuos, que brigão : o jury podia com sua consciencia absolvel-os como permittia o direito romano, e alguns Codigos modernos, e que não poderá fazer o juiz regular, pois não deve aceitar aqui a doutrina da compensação por ser contraria aos principios rigorosos do direito, e a lei não deveria permitti-la expressamente por ser perigosa; devendo deixa-la à consciencia e prudente arbitrio do jury.

cesso ; quando» por exemplo^pelo facto de existir o debate oral nas legislações baseadas no principio da accusação , declara logo ser elle o character essencial do processo de accusação. Tambem nao tem razão em attribuir exclusivamente ao principio da accusação a instituição da accusação privada, livre em sua acção (13); e em dizer que somente nesta forma de processo o accusado pôde em continência e em todos os casos promover a abertura do debate entre elle e o accusado.

O nosso processo de instrução é muito severo contra o accusado, como já dissemos, podendo d'ahi resultar graves males para este, sem que a sociedade colha utilidade alguma em molles tar o innocente, que deixaria de soffrer tanto, se se lhe deixasse a mesma liberdade na formação da culpa, que ao accusador ou denunciante é concedida.

Som alterar a instituição do jury na sua essência, podia se estandar reformas, que o collocassem em estado de offerer garantias, e produzir os seus beneficos effeitos, sem tornar tão onerosa a missão do jurado.

Isto não é novo, alguma coisa se tem projectado, mas nada se tem levado a effecto, porque entre nós só se trata em regra, e quasi exclusivamente, de questões de politica, e muitas vezes da politica pequena; e por excepção, de alguma coisa util. Todos conhecem o mal, mas ninguém se reconhece culpado, e cada um atira sobre o vizinho a culpa que tambem é sua.

Os proprios Poderes Politicos queixão-se uns dos outros, e explicão assim a sua inacção e a inutilidade da sua vida activa.

Com algum trabalho o nosso processo se tornaria mais logico e scientifico pois os seus maiores defeitos consistem na confusão, desharmonia, falta de logica, e pouca sciencia dos que, inimigos do pensamento que inspirou a constituição e o Código do processo, tem cooperado para se derroca-los pouco a pouco, e em seu lugar construir um edificio tão desharmonico em suas partes.

No que levamos dito não ha a minima allusão especial a este ou aquelle partido ; todos são réos e cúmplices desse attentado, não só pelo que fazem e deixão fazer, mas tambem pelo que conservão, reconhecendo que é máo.

Hoje trabalha-se muito neste assumpto, e as tendencias geraes são para a forma accusatoria, mesmo na Alemanha, que erao baluarte da forma inquisitorial a qual o autor não pôde deixar de mostrar a sua predilecção, não obstante a primeira vista parecer ecclético.

(13) Na Escóssia ha um accusador publico, e não obstante o processo assemelha-se essencialmente ao processo inglez. (Vide o *Processo crim. comp.* 1.1, cap. 45)



3\* Erra ainda quando attribue necessaria e absolutamente o predominio de cada uma das duas formas à natureza das instituições politicas do paiz, onde vigor&o ; quando assigna somente as deraocracias o processo de accusação, e as monarquias o processo inquisitorial ; não ignoramos a influência real e poderosa no systema politico nas formas do processo criminal, e sabemos que a accusação nasceu nas republicas antigas. Mas também é verdade que as noções fundamentaes sobre a pena fazem de igual sorte fortemente pender a balança, e estas noções são completamente independentes das instituições politicas. (14)

Desde que um povo, em virtude de sua cultura intellectual, chega ao ponto de comprehender claramente, que o meio mais seguro de dar força à lei, e garantia completa à ordem publica, reside na boa organização do processo criminal, prefere a forma inquisitorial, porque a contraria não lhe parece bastante apta e segura para a perseguição e descoberta dos crimes (15). Não é verdadeira a proposição, de que o jury, e a faculdade de decidir segundo a intima convicção, procedera exclusivamente do principio democratico.

Reconhecemos a razão, segundo o qual o monarca, depositario supremo do poder no Estado, exerce a justiça, desmembramento deste poder; mas daria tiraria uma fraca consequencia de quem pretendesse que, facto é elle quem julga; limitasse a ordenar que os julgamentos o mais possivel conformes à justiça, e a sancionar, no interesse bem entendido da sociedade, a forma do processo, que melhor conduz ao seu objecto.

4º Erafim Carmignani esquece que diversos caminhos podem conduzir ao mesmo fim, e que a mesma idéa se exprime sob diversas formas. Pouco importa que a imputação

(14) Vide também Biener, *Ensaio historico sobre o processo de inqtição*, p. 8.

(15) Esta opinião foi manifestada desde a idade média.

procéda de ùm personagem pàrticular, ou de utn accusador ipublico : a sua substancia permanece sem alteraçaõ. O processo secreto e escripto na Allemanha péde,- êob certas condições, fazer apparecer a verdade de uma accusaçaõ, assim como, e sob outras condições, o pode fazer o processo publico com o debate oral (16). A legislaçEo mais prudente séria sem daivida aquella, que, conservando-se fiel a nàturezadas in'sti-tuições e dos principios fundamentaes, satisfizesse a todas as exigenciasy nSo desprezasse caminho algum que pudesse cn'e-gar ao fim, e escolhesse sobretudo as fernas, que facilitas-sem a sua obtençaõ, ao mesmo tempo que, dando oúvi-dos ao testemunho da experiencia, prevenisse os abusos que esta assignalasse em umas e outras; e que, em uma palavra, antes deadoptar estas ouaquellas medidas, tal ou tal systema, indagasse sempre previamente, se elles sao os que correspondem melhor â economia especial do Estado, ao grao do sen desenvolvimento, e à sua constituição politica.

Extremando-se as distincçôõs que separão as duas formas, parece que se esquece mûitas vezes que ha, em um sentido, uma accusaçaõ em todo o processo-criminal (17); que a disposiç&o natural de suas dïversas partes se desenvolve tanto mais, que se tem considerado sobretudo a accusaçaõ e a defeza como seus dous elementos principaes, e que a devassâ, que no interesse de verdade absoluta vem lançar em uma e outra bacia da balança factos e argumentes pro e contra, tem sido mais justamente apreciada segundo a sua verdadeira utilidade. Com effeito n&o é a devassa, que reúne os materiaes necessa-

**(16) O peor é qtie os apologistas de uma das duas, os da publicidade, por exemple, cahem em exagerações de toda a especie, e, fazendo notar alguns abusos, que podem ser encontrados no systema contrario, tirando conaequencias forçadas de alguns faetos extraordinarios, condemnão logo qualquer forma, que não se prenda a sua theoria favorita.**

**(17) Vide o Processo tri/m. comp. t.1 cap. 60.**

nos do julgamento?" ufto é por ella, que fica era posse desses materiaes, o juiz encarregado de decidir da procedencia da accusação ? Além disso, aquelle, que quizer estudar a historia do processo inquisitorial, logo se convencerâ, que sempre se pensou, que uma accusação fazia a baze de todo o processo culminai, que somente em certos casos via-se o accusador, *mala fuma* (18), e o acto de accusação no articulado da devassa.

Assim pois, 1º, todo o processo criminal funda-sé ' em uma accusação ; a parte lesada pelo delicto apresenta-se primeiro articulando os seus agravos, pedindo a sua reparaçSb, e pela sua queixa promove a instauração do processo.

A. Ora o delicto sera considerado como-um attentado aos direitos de uma pessoa, ou de uma familia, e a pena respectiva como uma composição, uma satisfação dà mesma natureza : neste caso o processo tem por base uma accusação particular. B. Ora, pelo contrario, a pena parece antes imposta no interesse da sociedade ; ella A principalmente a sancçBo da loi : neste segundo caso a propria sociedade toma a peito a perseguição do delicto pelo orgão' de um accusador publico, ou tambem por intermedio de magistrados especiaes, tendo par missao manter.-a paz, protéger os interesses sociaes, e por consequencia pesquizar os vestigios de todos os delictos. (19)

2º Assim pois, em toda a acção criminal estabelece-se raanifestamente um processo contraditorio entre o accusador e o accusado neste sentido, que o primeiro faz couhecer ao segundo os artigos'da sua accusação e as suas provas, e assigna a este uma dilação, dentro da quai deve apresentar a sua defeza. Ora, este processo adraitte da mesma sorte tanto o sys-

(18) *Processo brim. eomp.* 1.1, **cap.** 13 e 81 \*

(19) Qiuquisidor (*inqwrent*) allemão reune até certo ponto a dupla missão de **accusador publico**, e de magistrado iustructor. ^M

tema da accusação privada com a exposição pública dos diversos artigos da queixa, aos quaes o accusado é chamado a responder, como o methodo prudente e determinado previamente, segnndo o quai os artigos da accusação sao pouco à pouco nos interrogatorios communicados aos indiciados.

3º Assim pois, todas as legislações reconhecem como uma necessidade fundamental, a de prevenir as accusações tererarias, ou infundadas, que poderiao prejudicar a liberdade individual, e os direitos do accusado. Ora, pode-se conseguir este fim, obrigando-se o accusado particular à *inscriptio in crimen*, decretando-se contra elle a prizaço, ou quaesquer outras medidas rigorosas (20,) e estatuinto-se, na doutrina da accusação, e da .instrução *ex-officio*, a necessidade de pronunciar-se o indiciado, e sujeita-lo à accusação por intermedio de um tribunal de accusação ,(ou dê pas3ar-se à instrução especial no processo allemão).

4º Assim pois, é principio corrente que a prova dos factos da accusação inoumbe ao autor, e por consequencia, na falta de prova completa, o accusado deve ser absolvido..(21). Pois bem I este onus da prova nao poderá ser igualmente imposto ao magistrado encarregado de dirigir a devassa, de descobrir os indicios, de verificar a existencia dos factos decisivos na causa, da mesma sorte que é imposto ao accusador no systema da accusação privada ? Tanto em um, como em outro systema,

(20) Assim como o fazia a lei romana (S), e o fez mais tarde a Carolina.

(31) O que prova a inexactidão da *absolutio ab instantia*

(S) Valentiniano e Theodosio decretarão a prisão preventiva contra o accusador, vinculado pela *itudrptio*, cod. th. 8 e 19 *de Accusât*, afim de quemSo escapasse as penas, em que por ventura incorresse, porter feito uma accusação calumniosa ou fraudulenta, mas ngo somente tereraria, {torque podia o accusador ter justos uioti vos para queixar-se do accusado, e não poder apresentar prova completa, segundo a decisão de Papiniano, lei 1 § 5, Dig. *Ad. senatusc. Turpill.*

se a prova do crime não é suficiente, o acusado deve ser necessariamente absolvido, sem que seja obrigado a provar a sua inocência.

Se se quer investigar, no systema gérai da accusação, que apparelho funcionaria mais efflcazmente em um coípo de leis ; considerações da natureza diversa se offerecem logo ao pensamento.

Sur 4

1º Em primeiro lugar deverá ser preferida a forma, que mais seguramente attingir o fim do processo criminal, a descoberta infallivel do crime, e a punição do seu autor. Depois o legislador, convencido de que, o não autorisar os processos senão por uma accusação privada (22) ,é provocar a impunidade fréquente, preferirã a instituiçSo de um accusador publico, analogã que existe naFrançae na Escossia,ou nomeará, dentrode certacircumscripção, um magistrado com a attribuição ex-offício de descobrir os crimes, e os seus indícios,relatando-os em uma informação preliminar. (23)

2º Deverã tambem ser escolhida aquella forma, que fôr mais apta para a investigação da verdade absoluta ; ora, desde que a lei considéra esta como o fim de suas tendencias, não pôde deixar de consagrar o principio da inquisição ; de decretar a instrucção preliminar, que tem por objecto reunir todos os materiaes uteis para julgar da procedencia do accusação, e fazer délies o uso mais proveitoso para a manifestação da verdade dos factos : operação inteiramente imparcial, na quai as investigações do magistrado se dirigera tanto sobre as provas do crime, como sobre as da defesa, sem que lhe importe saber

(22) A Inglaterra fornece um exemple notavel desta impunidade. Um relatório on *constabulary forée*, feito em 1839,, diz que existem na Inglaterra mais de quinhentas associações, cujo fim é évitai- esta impunidade tão fatal, e que se encorregão directamente da pesquisa, e perseguição dos crimes.

(73) Vide o meu artigo nos *Archiv. âir. crim.* t II, p. 446.

se o accusado tomou sobre si essa tarefa (24). Quanto à forma da devassa, séria boni que se escolb.es.se a que raelhor conduxisse à manifestação da verdade, e neste assumpto devemos apontar em primeiro lugar a seguida na Allemanba com seos interrogatorios prudentemente dirigidos, e as informâmes extrahidas do depoimento das testemunhas (25).

3º Rccommendaremos sempre em todo processo criminal o systema, que previne o mal irreparavel de uma accusação pu •• blica e infundada. Neste systema, quando a instracção preliminar esta terminada, as suas peças sao transmittidas a um tribunal designado (pouco importando que seja um grande jury como na Inglaterra, um tribunal de accusação como na França, ou um tribunal de instrucção especial como na Allemanba) .Neste ponto, sao examinadas as provas da primeira informação;indaga-se, se ha vebemente probabilidade de ter sido o crime commettido, e se ha indicios sufficientes contra o accusado, para que possa ser decretada a accusação. Este exame preliminar poupa a este muitos gravâmes eprejuizos, e ao esta do despesas consideraveia. (26).

4º Mas a que tibunal, e sob que condições deve ser conferido o direito de proferir a sentença definitiva<sup>1</sup>? Aqui décide um oufro principio ; o legislador deverá seguir o partido mais proprio para inspirar ao povo plena e inteira confiança inajustiça dos julgamentos (27). Naose devetratar deiudagar, se os juizes regulares, possuindo a sciencia das leis, merecem

(34) O art. 44 da Oarolina ordena ao juiz do procurât *ex-offlcio* a prova de innocencia.

(25) Sobre o caracter dos interrogatorios, vide "o *Processo crim. comp. cap.* 100 seguintes.

(26) Vide o meu artigo nos *Arch. Air .crim. t. II. p. 461.*

(27) Vide o meu artigo nos *Arch. dir. crim., 1.1 p. 280.*

esta confiança com mais justo título do que um tribunal de jurados ; trata-se somente de saber, se elles a possuem. No ponto de vista da lei criminal concedemos, que os juizes regulares, que decidem conforme as regras de uma theoria légal, scientifica e prudentemente organizada no interesse da innocencia, podem offerer garantias pela sua intelligencia mais vasta, por causa de uma apreciação mais scientifica dos factos, e mais rigorosamente conforme à lei : mas os jurados tambem, pela natureza da sua instituição, pela sua completa independencia, e além disso pela sympathia, que sempre se lhes attribue a favor do accusado, offerem garantias politicas, que sera impossivel encontrar nos juizes regulares. Quai dos dous systemas seja o melhor para a segurança social, é o que não se pôde affirmar absolutamente ; tudo depende do grão de civilização, e dos costumes politicos de cada paiz (28).

5" Em todo o caso o processo, para que se lhe reconheça uma organização perfeita, quer a sentença final pertença ao jury, quer a juizes regulares, deverá. sobretudo habilita-los a decidir por um complexu de provas scinceras e pñenas, e nunca por simples peças arbitrariamente extrahidas dos processus verbaes ; deyerão mesmo ouvir o accusado em sua defesa, e as testemunhas em seu depoimento, e pelas perguntas feitas a proposito, esclarecerem todas as suas duvidas, e formarem, em uma palavra, sua plena convicção. Perante elles, com effeito, são interrogados os accusados, os peritos e as testemunhas, e somente estas provas, que se manifestao no debate, podem servir de base ao julgamento, que elles têm de proferir.

Vê-se pois que uma legislação criminal sabiamente organizada reúne perfeitamente as fôrmas da accusação e da instruc-

(28) Tomaremos a este assumpto com mais desenvolvimento, quando examinants o merito da *theoria légal dayrova*.

çto ; e, comtanto que as suas partes se harmonisent entre si, parece évidente que não pôde deixar de attingir o seu fim. \*

(\*) Ha algums an nos que na Allemanha se opéra uma revolução compléta nas idéas relativamente ao processo crimiinal. Agora se esta reconhecendo cada vez mais por toda a parte, quanto é visioso e prejudicial o systema da instrucção escripta. e sécréta, que vigorou até nossos dias. Cada um proclama bem alto que este systema nSo obtem a confiança do povo e esta longe de assegurar a manifestação da verdade. Por isso de todos os lados nas camaras se apresentam .moções tendentes à introclucção de um processo modelado sobre o da França ou o da Inglaterra. Mes os governos ainda não se desfizerão das suas disconfianças, das suas velhas inquietações ; temem o apparecimento da nova legislação como se fosse um golpe contra a estabilidade da ordem de cousas. En frétante' não obstante os seus esforços, o principio do debate oral tem a preferencia em todos os paizes da Europa, e verificamos com especialidade o seu progresso em um escripto récente *{Do debate oral, do principio da accusação, da publicidade dos processus, e do jury* Stuttgart 1845) O primeiro passo para um melhor systema na Allemanha foi dado pela ordenação Wurtembergueza de 1843 (já citada, cap. 3, not. 96 bis), a quai, conservando sempre todo o antigo processo de instrucção sécréta e escripta, decretou uma especi9 de debate oral final, em que o accusado com o seu defensor comparece perante os juizes. O auto de accusação é lavrado por um orgãodoministerio publico (é um dos juizes que représenta este panel, pois não ha funcionario algum especial para este fim) ; os processus tornão-se publicos an tes de ser encerrados : o defensor apresenta a sua defesa escripta, e o debate se trava entre elle, e o magistrado exercendo as funcções de ministerio publico. Esta organização do processo foi oalorosamente acolhida, não obstante a sua insufficiencia, e as suas numerosas lacunas ; ao menos serve para demonstrar o reconhecimento da superioridade do processo oral. Mas repelimos, nelle não ha senão meias medidas : 1.º Não se applicando a lei senão aos crimes mais graves, résulta d'ahi que as antigas leis es-tão ainda em vigor na maioria dos casos ; 2.º as testemunhas não com-parecem, e os juizes não conhecem os seus depoimentos senão pelas re-produções militas vezes infieis e truncadas emanadas do orgão do ministerio publico ou do defensor ; 3.º a publicidade é restricta, o ingresso ho audi torio não é concedido senão a certas pesseas de posição (Ehrbaren) e é sempre recusado As mulheres. Vide, na obra precitada, a critica mais especial desta ordenação, p. 108—278.

A nova ordenação badeza (já citada, cap, 2, 1.º nota munuscripta) de 6 de Marco de 1845 adiantou-se mais na via do progresso. Ha aqui um ministerio publico instituido como em França, cujas requisições motivão a informação. A instrucção preliminar é sécréta, termina-se pela decisão do tribunal, que décréta a accuscção : depois, sempre como em França, instaura-se non pro-





## CAPITULO V.

RELAÇÕES E ANALOGIAS ENTRE A PROVA EM MATERIA CRIMINAL E A  
PROVA EM MATERIA CIVIL.

Existe entre o processo civil e o processo criminal certas analogias geraes : de um outro lado a sciencia dirigio suas meditações mais cedo para o primeiro do que para o segundo ; e como enfim a lei romana em muitos lugares parece confundir ambos em suas disposições, d'ahi resultou que muitas vezes as noções e os principios relativos a um se estenderão ao outro, e, convém dizer, com grande prejuizo deste (1). Assim (citarem os sô um exemplo ) quiz se transportar do processo civil para o criminal as regras usadas em materia de perempção, e de cousa julgada ( 2 ). D'onde se segue que as diversas

cesso oral e publico : com a differença porém que não é o jury, mas sim jui-zes regulares, os que julgão ; a lei traça-lhes regras de prbas, sua sentença deve ser moth'ada mesmo quanto aos factos, e o condemnado tem o seu re-cnrso livre para o tribunal superior, como em França em materia correccio-nal. Mas ainda aqui sô ha meias medidas, e é por esta forma que se fazem abortar as melhnres idéas : 1.º " suprimio-se o tribunal de accusação do c >digo franzez por um espirito de economia muito mal entendido : é o tribunal do districto, que já esta ligado pela primeira decisão nainstracção preliminar, que tem de décrétoi' a accusação (art. 304) : 2.º o processo é inteiramente publico perante os juizes definitivos, mas, nos termos do art. 295, o tribunal pnde supprimir a publicidade, se lhe parece haver perigo para o Estado, ou para a segurança publica ; as mulheres não tem ingresso no auditorio, salvo se foi uma mulher accusada ; e enfim o indiciado tem direito de requerer a audiencia secréta (art. 224— 227) : 3.º e sempre por causa da economia, a ordena-ção autorisa o juiz a prescindir do comparecimento de todas as testemunhas, e a pronunciar pela simples leitura das peças da instrucção preliminar (art. 211).

Vide a critica desta lei no escripto citado p. 181—139,805; 345.

†

(1) Por exemplo no que diz respeito & doutrina da incapacidade das testemunhas, e das contradictas a oppor-se-lhes.

(2) Vide o *Procès, critn. comp.*, vol. 2, cap. 202.

theorias (3 ) nao se fixarao, « calquante que uns (4) separ&o absolutamente o civil do criminal em materia de prova, como em tudo o mais, cit&remoe outro, escriptor distincto ( 5), que se esforça em construir um systema, que'seja commum a ambos.

Séria sem duvida um erro recusar-lb.es certos pontes de contacto : 1.º no civil como no crime um processo è sempre um processo, e tanto em um como em outro devem apparecer alguns caractères genericos communs; 2.º era ambos igualmente o fim a attingir é a manifestação da verdade. Da primeira proposiç&o surgem diversas consequencias ; e em primeiro lugar, existem certos principios communs, que decorrem da propria natureza do processo em gérai : é preciso que haja de facto duas partes contrarias collocadas face a face, estabelecendo conclusses respectivamente adversas : e é da verdade de sua affirmação, que dépende a admissibilidade de suas proprias conclusses. Entre estas consequencias communs deve-se especialmente classificar a regra fundamental, que pSe a prova dos factos a cargo de quem a allega ( quer seja o autor no civil, quer o magistrado que toma a peito a accusaçSo criminal em nome da sociedade ) e que faz absolver o réo, quando a prova nao foi feita.

De ser sempre a manifestação da verdade o objecte do processo, qualquer que seja a sua natureza, segue-se que certas regras fornecidas pela razao e pela experiencia, como os meios aptes para esta manifestação, certas prescripções ordenadas pela prudencia, para desviar toda a illusao prejudicial, devem

(8) Itenhard, *De Probat. civil, ac. crimin, conv..et disçonven.* Erford, 11732.

(4) Goenner, *Manual de procès, ci®.*, t. 1, p. 109.

(5) Olobig na sua obra, *Systema da lei em materia de procès, judic*, Leipsick. 1809, p. 25.

guiar igualmente o juiz civil, e o criminal,; taes sao, entre outr.os, os preceitos,que deterininao a força probatoria de certos depoimentos de testemuniioa, ou a apreciação da confiança dévida a ellas pessoalmente.

Mas um exaíne mais attento faz bem depressa reconhecer graves differenças entre os processus civil e criminal.

PHIMEIRA DIFFERENÇA FUNDAMENTAL. A ACÇÃO DO JUIZ SE FAZ SENTIE EM AMBOS EM DIBECÇÃO DIAMETBALMENTE OPPOSTA.

O processo civil inicia-se por um articulado preciso dé grãvãmes, pela affirnação de certos direitos da parte dé uma pessoa determinada em relação a outra pessoa igualmente determinada ; mas no crime, e principalmente no processo inquisitorial, por uma circumstancia, que lhe é peculiar, raras vezes as queixas articuladas se dirigem desde o principio a um réo designado. Muitas vezes tambem a natureza do delicto nao é bem especificada, e com effeito os seos caractères sao manifestados pela informação da queixa feita posteriormente : quando, por exemplo, se trata de ferimentos, nem sempre se poderia dizer previamente, se ha delicto de ferimentos intencionavelmente feitos, ou se,tentativa de morte. ;

A razão tambem requer, que as attribuições do magistrado encarregado do processa civil sejEo diversas das do magistrado encarregado da devassa criminal. No processo civil a discussao contem duas phases bem salientes : na primeira as pretenções respectivas das partes colloc&p-se uma em face da outra: a administração da prova occupa a seguuda ; mas no crime nao pode ser assim : logo que a offensa é denunciada, e conforme o \*eo fundamentp, applicao-se contra o accusado algumas medidas, que muitas vezes compromettem a sua liberdade, e que sô podem ser ordenadas pelo juiz, quando as probalidad.es as mais vehemontes as justificao,—De ordinario tambem o facto sô chega ao conhecimento do instructor na occasiao, em que

obtem a prova délie ( pelas declaraçõe de uma testemunha por exemplo ) e quando, podendo a prova desaparecer por quai-quer demora, o seo dever lhe ordena tirar logo délia o partido, que julgar conveniente. Ao contrario do processo civil, em que a prova é fornecida pelas partes, e assim feita serve de unico ponto de partida ao juiz, a intervençao do instructor criminal na administração da prova se mostra até o fim activa e incessante : ve-se-o primeiro procura-la ex-officio, depois tirar délia todos os elementos de convicção que encerra, e consi-Lrna-los nos autos; e ainda depois examinar attentamente a importancia dos resultados obtidos, an tes de julgar-se autorir-sado a proseguir na instrucção.

No processo civil as partes sao pessoas certas e conhecidas, e o juiz, que assiste à administração da prova,limitarse a examinar, corn o auxilio dos meios propostos por cada uma délias, se estao provados os factos, que servem de base a acção ou a defesa. Mas no crime a èspha de acção do instructor é mais ampla ; esforça-se ao mesmo tempo em obter a prova do deHcto, o reconhecimento do seo autor, e a démons-tração Clara e perfeita de todas as circunstancias peculiare<sup>3</sup>, das quaes pode depender a justa applicação da pena. E sempre que examina os lugares, e os objectes, ou que interroga uma testemunba, trata de esclarecer todos estes factos, todos estes accessorios da causa, que talvez nao terao na sentença sen&o uma influencia tardia e mediata.

Enfim as diversas phases do processo de accusação accusao novas diferenças no objecte irarned iato dos esforços do juiz. E' na instrucção preliminar, que o processo inquisitorial mais manifesta tendencias multiplas e variadâs; e a razao é porque antes de tudo é necessario chegar ao terreno mais solido, em que a accusação tomarâ o seo lugar. Muitas vezes, é verdade, basta no principio tirar partido das presumpções, cuja existencia verificada da lugar a diversas medidas, e actos do processo, e per-

mitte, por exemplo, resolver a questão da oportunidade da prisão preventiva; presumir, enfim, que vindo confirmar a probabilidade da existência do crime e da culpabilidade do indiciado, podem auxiliar a decidir, se há ou não lugar para a instrução especial. Mas como a instrução preliminar também tem por missão colher logo os materiais da sentença definitiva, e como além disso pode desaparecer mais tarde esta ou aquela prova, a devassa deve reuni-las todas, e constituir, sendo possível, a certeza requerida aos olhos da lei. Enfim quando a instrução se faz na parte principal do processo, havendo já um acusado determinado, a prova, que se tem de fazer, parece concentrar-se de preferência sobre pontos mais especiais: o acusado foi o autor do facto? em que grau é culpado?

*Segunda diferença fundamental.* Mesmo em relação ao princípio da prova, e ao problema a resolver em todo o processo civil ou criminal, notamos diferenças ainda mais profundas (6).

No civil trava-se a luta sobre a existência, e extensão dos direitos de propriedade, ou dos direitos pessoais, que a ella se prendem, e por consequência susceptíveis de uma livre desistência; mas no crime, sendo o interesse público a razão dos processos, estes não podem ficar peremptos pela desistência das partes (7). As necessidades da sociedade exigem, que o transgressor das leis sofra a pena correspondente, porque a impunidade afrouxa os laços da ordem civil, e diminui o respeito

(6) Carmignani, *delle Leggi*, l. c., p. 118.

(7) Lei 33, *D. de Partis. Jus publicum privatorum partis, mutari non pote[st]* O direito romano não permitia ao accusador senão a desistência motivada, e punia-o; quando por erro com o acusado procedia de modo, que este fosse absolvido, como se pode ver em diversos textos do *Dig. no* Tilt, de *smalusc. Turp.; de Preoariat.; e de Abolit.*

pleta. desde que não ha mais entre

\* [redacted] da se a if » « m » < te & s. '9 J » trifea Mfcft

poderia acabar

vencer

verdade a mais elevada, que possa ser dada

gir, e só ella pôde servir de base a um castigo, que offenda  
os mais sagrados direitos civis, direitos, que nada pôde subor-  
tar; castigo, cujos rigores só se justificão, quando a convicção  
se appoia sobre todas as provas possíveis na causa, e quando  
o espirito recusa admitir um só momento a supposição de

contrários aos verificados no processo. Só

manifestação da verdade inco-

do pela razão,

unicos, que satisfazem

civil, e ocrinqrinal, admittirSo (9) (a confissao, por exemplo) comportao um principio différente, quer em uin, quer em outra» No primeiro a confissao judiciaria da parte faz fê, porque ella podia definitivamente renunciar ao seu dirçito ; no segundo, pelo contrario, a confissao do indiciado, seu comparecimento voluntario, o facto emfim de se denunciar a si proprio, nao poderiao satisfazer plenamente. E' mister em todos os casos, que para o juiz resuite certeea complêta, do exame dos motivos, que o arrastarao a dar esse passo, de todo o seu proctdimento, da concordancia entre os factos especiaes comprehendidos na confissao e as outras provas dos autos, da verosimilhança da confissao, e da probabilidade do crime imputado ao accusado ; sômente nestas condições pôde a confissao autorisar a condemnação.

3." A desistencia do accusado tambem n&o tem influencia no processo. e na administraç&o da prova em materia criminal. No cível uma parte poderia desistir do juramento de uma testemunha ; uma testemunha suspeita poderia deixar de ser defeituosa sômente por nao ter sido contraditada pela parte, contra quem foi produzida ; mas em materia criminal, onde predominao interesses os mais elevados da justiça, a vontade do accusado nao poderia ter. influencia (10) ; ainda mesmo que n&o quizesse oppor-se a algum acto do processo contrario à lei, e déclarasse, por exemplo, que aceitava como valido o depoimento de uma testemunha nao juramentada, ou uma vistoria illégall.

4.º Finalmente no cível ha certas prescrições legaes, que derivao do principio da desistencia ; as quaes n&o podem ter

(9) Manifestaremos mais destenvolvidamente as nossas idéas a respeito, **quando** tratarmos separadamente desles diversos meios.

(10) Vide o *Processo crim. comp.*, 1.1. cap. 61.

aplicação' no processo erirdioal. Neatẽ nao ha terinos pe-remptoriôk determinados para taes ou taes actos (11) ; porque nao se pôde ligar a um espaço de tempo dẽterminado a manifestac&o da verdade, fim deflnitivo do processo ; e nao se pôde assignat ao accusado ou ao seu defensor um termo fatal para produzir a sua prova (S). Pela mesma razão a *cotisa julgada* nao pôde ter no crime o mesmo sentido, que se lhe dâ no eivel (ift). Emfim, emquanto que nocivel a revelia importa a condemnacão, o contrario se dâ em materia criminal. O revel, o que rēcusa responder (13), nao pôde ser ôorigado a explicar-se deritro de certo termo assignado, sob pena de se o julgar confesse dos factos imputados, pois que esta reconhecido, que a propria confissao expressa nao pôde por si sô fazer prova plena, senao quando contiver certas qu alidades requeridas, e quando achar-se em harmonia com as circumstancias jã verificadas.

(11) Stubel, *Proc. crim.*, g 2376.

(S) Em' qualquer reforma que se fizesse do nosso processo devião og reformadores ter em vista este principio, porque boje muitas vezes os àccusados são tomados de surpresa, e as vezes são intimados no dis antécédente para se verem processar e defenderem-se no dia seguinte, ignorando os fados, pelos quaes são àccusados, pois que os Mandados citatorios não os explicão; limitando-se a dizer, que vão ser processados como incursos ueste ou naquelle artigo do Codigo criminal.

(12) Martin, *Annúarios da legislaçãb saxonica*, 1º anno, n. 1.

\* (18) As disposições de ordinario cohtidas nas legislações, mesmo nas mo-dernas, relativamente aos que não comparecem, estão muitas vezes em contradicçSo com os principios mais rudimentaes de direito. Vide o *Processo crim. camp.*, t. 2, cap. 209, e principalmente 211 in princ.



## CAPITULO VI

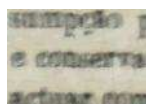
DA PROVA EM GBKAL B ESPECIALMENTE DA PROVA ' NO PROCESSO  
CRIMINAL

Sempre que um individuo apparece como o autor de um acto, ao quai a lei liga consequencias affictivas, e que se trata de lh'as applicar, a condemnaç&o a proferir se basea na ce\*-teza dos factos, na convicç&ao pvoduzida na consciencia do juiz.

O complexo dos motivos productores da certeza chama-se prova (1). Quando se discutem estes motivos, tera lugar no espirito do juiz uma operac&ao igual a que tem lugar no espi-rito de todo aquelle, que procura convencer-se da verdade dos factos nos negooios do paiz. E' na certeza adquirida, ou ao menos nas mais fortes probabilidades, que firmamos o nqssso juizo antes de entrarmos em tranzaçoes corn certas pessoas ; é essa a base das nossas especulaçOes de qualquer natu-reza, e tanto mais - importante for o negocio, quanto mais prudentes somos antes de obrar, e maior garantia de probalili-dade exigimos. Nesta investigac&ao da verdade o espirito hu~ mano pode comparar-se a uma balança, posta em movimento por circumstancias exteriores, e por impressões, que o homem recebe do mundo externe Nelle residem as forças necessarias para pezar os factos.

O impulse em nos produzido em face da prova, e que communica o movimento ao que chamaremosa fiel da balança de consciencia, pôde ser mais ou menos forte. Se é menos vigoroso, sô provoca a desconfiança, sô faz uascer uma pre-

(1) Vide as opiniões diversas dos autores sobre a prova : Martin e Walch. *Repert. de proc&es.*, t. 1, p. 68 ; Weber, *Preceitos para servirent d adminis-traç&ao da prova*, § 2; Geusler, *Arch. de praU civil*, 1.1, p. 26, i



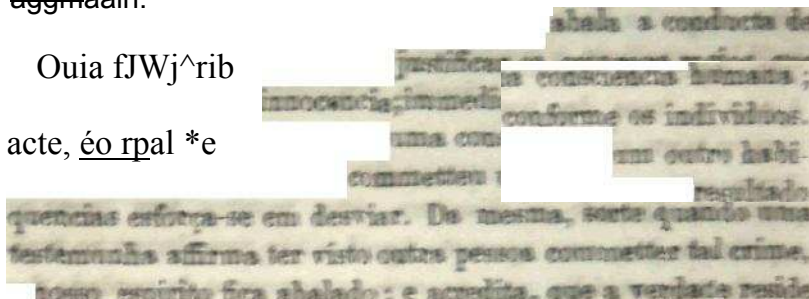
; «té nqâft eiggarSwel, Sk fasser.  
 ~~j»; es eesfiessa, %w WBH

A ocîgaa -ia prawal

adS eux cgssstssso "'îf. E" pw w ^o? ans im  
 aggmaaln.

Ouia fJWj^rib

acte, éo rpal \*e

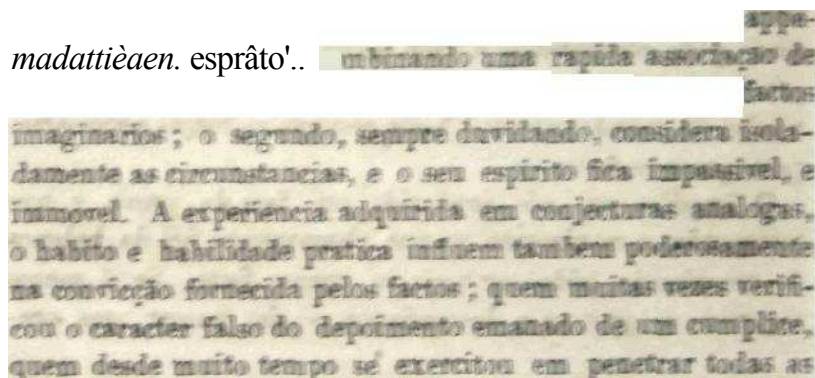


«SaSgg. « prena,] nwtauîtrt»- <|?n»ç v\*ria 4s 1

US fox (aff lHlitiillHt!k7 »t»«

tn«\*> s gestr fins, e ■uirmaxeoft? trarlas « ewîsaàÇ^l

madattièaen. esprâto'..



[^

:&\*, ptgnêfe îceo OS frcM coabecii» \* i

!» Carni^MIM. &£fe £^jx, «Li §- Sft

circunstancias occultas, que muitas vezes podem esclarecer os factos, e apresental-os sob a sua légitima apparencia, fica irrepassivel em face de provas, que actuariao decisivamente em um espirito inexperiente. As prevenções podem fazer dar a certas circunstancias uma importancia, que nao seria recalcada por um juiz, cuja consciencia fosse delia» isenta. Quantas vezes, por exemplo, nao se tem visto nos debates considerá-los como factos muito graves as mentiras, e as contradicções numerosas do indiciado ! Quantas vezes a prevenção, de ser elle o auctor real do crime, não leva a dar-lhe uma explicação injustificavel a circunstancias insignificantes, julgando ter descoberto o intimo da alma. Enfim, as disposições do momento podem dar maior ou menor accesso as impressões produzidas pelos factos, nos quaes a prova se funda.

E esta observação é principal mente applicavel em materia politica ; e o juiz é tímido, se sonha a cada momento com revoluções imminentes, e considera em perigo a ordem publica, se pelo facto de perceber symptomas de um movimento extraordinario nos espiritos ; entao certas demonstrações, e procedimento de varias pessoas, lhe parecem ameaçadores, e caracteristicos de intenções funestas para o Estado ; pelo contrario um juiz mais cordato, que quer a liberdade e o movimento no dominio da intelligencia, e rende homenagem à independencia do pensamento, não pensa no perigo, quando elle é actual. Todas estas impressões, todos estes impulsos em sentido diverso produzidos pelos factos no juiz, dao lugar a uma especie de luta entre os motivos pro e contra, e a convicção se forma por aquelles, que triumpham. O fiel da balança de consciencia, servindo-nos ainda desta metaphora conhecida, vacilla antes de fixar-se, e os seus movimentos determinam a proporção entre as razões, que levam a dar credito aos factos em questão, e as que levam a recusar-lhes. Assim pois, quando as razões affirmativas predominam pelo número e pelo peso,

»

de tal sorte, que exclua a suposição da negativa, como possível, atingimos a convicção positiva, entretanto que só haverá duvida, quando houver equilibrio.

A prova, base de argumentação, que cada uma das partes faz valer para conquistar a seu favor a convicção do juiz, pôde segundo os casos, ser considerada sob diversos pontos de vista.

E preciso considerar : \_\_\_\_\_



Sppjiçada mais especialmente ,fa maierias criminaes (3) a prova offerece particularidades notateis.

1.º No crime trata-se de demonstrar a evidencia dos factos passados, que por conseguinte nao podera mais na sua pirirài-tiva pureza ser submettidos ao exame material do juiz, e cuja realidade nao pode ser estabelecida senao por via de indacçoSo, tomando-se por ponto de partida os effeitos, os signaes característicos, os vestigios de toda a sorte.

Mesmo no caso de delicto *factipermanentis*, no caso de assassinato por exemplo, o exame sô tem importancia por permittir a verífieação da existencia de uni cadaver, mas o facto Constitutive do crime nao pôde ser reproduzido perante o juiz. O exame nao lhe fornece mais do que os dados, dos quaes lhe é possivel tirar por indueção uma relação de causalidade entre certas factos primordiaes, e a morte da victima. Em resumo, as fontes de convicção, que auxilião ao historiador, que vai procurar a verdade nos factos do passade, sao as mesmas, nas quaes o juiz vem buscar a sua convicção, qùando se occupa da existencia, e das circunstancias de um crime.

2." Além disso em materia criminal encontrSo-se maiorea diffieuldades, do que em materia civil. No processo civil as partes esforço-se por demonstrar os factos constitutives de um vinculo de direito entre ellas existente : fazem comparecer testemunhas expressamente para certificar o compromisso do adversario, quando este vinculo se formou pelo contracto, e exhibem os titulos enunciativos das suas mu tuas obrigaçOes > mas, no crime, o autor do delicto tomou todas as precauçoeees imaginaveis para tornar impossivel a prova délie, e para fazer desaparecer todos os seus vestigios.

(S) Sobre a deftnição da prova em materia criminal *vide Rolin. de Probal delict.*, p. 34; Stubel *da eorpo de delicto*, p. 281; Tittmann, *Mariual de dir, yen.*, p.838. *¶ide o Procès, crim. comp.*. 1.1, cap. 87, t. 3, 'cap, 157. •

3.º No eivel, de ordinario, tràta-se de demonstrar factoa, que sao do dominio dos sentidos, e que o testemtinlio oral pôde déterminât facilmente : no crime o juiz é obrigado a esclarecer oircunstaieias impalpaveis para os sentidos, e que pertencem ao fôro-interior.

A imputa bilidade moral do indiciado, a situaçao do seu espirito no momento do crime, a lucides de suas facultad.es de conaciencia, a ma intenç&o e a sua intensidade : eis outrés tantos objectes, sobre os quaes é preciso dirjgiv os instrumen tas de prova, mas cujos resultados nao podem ser obtidos pelos meios ordinariamente applicaveis nos factos exteriores, nao se podendo obter a certeza senao por via de induçao. I

4.\* Finalmente, resta-nos ainda assignalar uraa particule\* ridade ; o magistrado encarregado da instrucçao do processo tem por missao especial indusir o indiciado a uma confissao espontanea e compléta da verdade ;, da quab(desapparecendo todas as duvidas sobre a veracidade da sua confissao) dimana para o juiz definitivo mais uma garanti» a favor da sua convicçao, que séria difficil obter de outro modo ; com effeito quanto mais franco fôr o autor do delictô sobre todos os factos de cohsciencia, tanto mais lhe sao prejudiciaes as suas palavras, e tanto menos se pôdesnppor, que o interesse as dicte.; de outro lado divulgando todo o seu procedimento, da lugar a que o juiz possa facilmente pelas suas confissoes verificar os depoinientos proferidos no processo, os das testemunhas, dos peritos, ou quaesquer outros.

## CAPITULO VII

### DA VERTtADB, DA\* CERTEZA E DA CONYICÇÃO

Jà demonstramos que fazer prova é em fundo querer demonstrar a verdade, e convencer o juiz, o quai, para decidir, tem necessidade-de adquirir plana certeza ; convém agora exami-

nar a fundo a natureza de prqva, e pot consequencia entrât em, alguns desenvolvimentos do que se chama : *verdade, convicção, certeza*.

Verdade (1) é a concordancia entre um facto real, e a idéa délie representada em „nosso.espirito. Supponhamos um individuo querendo conveneer-se da realidade de uraa cousa, e pesquisando-a. j a verdade apparece, quando a convieç&o adquirida se acba em correlação perfeita com o seu objecte. Nao ca,be aqui o examinar, se a verdade propriamente dita, ou antes, a *verdade absohita dos çousas* pâde ser submettida as investi-gâçes do. espirito humano, ou se este é obrigado a conten-tar-se com a simples apparencia (2). Séria completamente inutil um detido exame das divisões da escola (3). N&o nos demoraremos em expUcar a *verdade logica*, à quai, ao contrario da verdade matériel.,- chegamos pelo raciocinio, e que résulta do facto de estarem em harmonia com as leis conhecidas as noçGes, ,qué concebemoa das causas ; e de passagem classifi-caremos nesta divisao a *crivel e possivel* logicamente. Nem mesmo discutiremos a natureza da verdade *traitscendental*, que é do dominio da philosophia, por ser o conhecimento do mundo

(1) Kmg, *da-onvicção, dos sens grdos e dos seus moãos diversoa*. Iena 1797. Stubel, *do cargo de delicto*, 1166, etc. *Relatorio da commissBo immediata prussiana sobre o jury*. 1819, part. 1.; Grœvell.*Kacama deste Relatorio*, tit. 11, p. 117 ; Weber, *Arch. do Mr. Crim.*, tit. 8. p. 562 ; Weiland, *Ensaio sobre a natnreta dajustiça critnimal*. Délit., 1836, p. 34; *ArUgos na Renista de Jurixprudencia Crim. prussiana*, a. 17. p. 150; n. 19, p.. 131, n. 42, p. 239.

(2) Os glozadores raciocinSo como os nossos philosophos, quando ua *Gloza sobre a-Novel*. 78. cap.1.' estabelecem esta questão : *Quid est veritas ? ipse Deus. Veritas vero humanitatis polest diei notUia certes rei maxime per visum*.

(3) Weber, *Arch- precitados*, 8, p. 963.

### **tbb**

À Vefãade *hiètbrica* ei»" o ofijecto dos "nossos estuddff (l<sup>5</sup>; eis o alvo, que tfàtarao\* de attingfo sempre quèiemos em Vfsta; as Begûrarrao-nos da realidade de cefto\* acontecimentos, e de certas acte» praticados no tempo e no espaço.

Percotrendo o tempo e o espa^o, eolhemo» em 'rtttwo eaminho uma'maltfdio de circuitwtancias isoladãa, e as encâdeiatitox uma's na« outras ; entas por seu turnonos gniao,gqua'ndo com o «eu auxillo chcgamos ao fi m das nomas in ve»tigaç/fe«, podemos julgar com confiança, se os accmteeimentba passades de que se trata, sao eom effeito reaes, e quai é a sua nàtureza^î âcreditamos possuir a vérdade no moment/) êm que as nossas idéais sobre oobjecto das nossas ïnvést^o%aço'efl nos pareem os| tarera perfeita concordancia com elle. Em ontros termoa, ha nesta- operação do nosso espirito correlacao «ntre o sujeito qu<sup>e</sup> jiilga, e oobjecto julgado; d'an, ni procède a «egiiinte quantao tao controvertida (0) : a verdade sera *subjectiva* ou *objectiva* S

(4) Weber, 1, 0,, p. 589; Jarke, na *ttevUla de Hiizig,tU>*. 19, pi 147:Ein\* «III M, *dajuvi.liM pénal*, p. 142.

' (Sf Hfcafoel, do *cofpo de fi.Mir.io*, % 181, Video Procttto aomp. M. 1,1

(S) OracvcJ, î. G., llfi.Vide Feuerbflçh, *OomidcraçTiea sobre o jury*, p. 135; Wefland 1, C; p. 70, Jarke, *IleKlstàpréfiUada de BiM/j*, M^J^jj/99.



Dé todffis as disetis'soes sobre o sentido destas expressões dimana àô' menos no fûndo, umâ conclusao importante, ã a quest&o dèvé ein riôss'â Opinião, redûsir-sô aos seguintes termos : a vér-daHê pode sêr denominada *objectiva* no sentido de ser completameâté independente do sujéito, que a jufga ? Funda-se ella em "bases fixas de tal sorte, que' deva imprimir os mesmos iîfipûlsos, os mesmas ima^êns<sup>1</sup> em todos os espiritos a sêi pe-sar \* ou convira antes detiomraa-la *subjectiw* no sehtid'o de depender a sua noção de aptidoes especiaes do individuo, que tem de ser cbnvencido, do espirito que ifata de examina\* a fundo, dé sorte que para qualquer nada haja de vefdadeiro se-não 0 que elle tem por vefdadeiro ? A questao assira formulada dévia preoccupar vivamente o legislador, e, com a sua reso-luçflo, dévia tambem forçosamente decidir, se pôde ser decre-tada nma *theona légal da prcva* ; e depois quai dos dous System as deveter a preferencia, se o jury, se o que attribue a sen-tença a juizes regulares e jurisconsultes.

Sendo a verdade denominada *objectiva* o legislador è obrigado logo a erigir uma *Iheoria daprova*, é de appoia-la nas raesmas bases, nas quaes se funda a ' pretendida verdade objectiva. Desde que for admittida esta theoria, a decis&o do ponto de facto sô pôde ser confiada a juizes regulares. Lancemos as nossas vistas para a vida habituai ; n&o vemos ahi o *vefdadeiro* exercer pouco a pouco o seu poder sobre todos os espiritos ? e não disemos frequentemente, que é impossivel desconhecer a realidade de certos factos, salvo se de todo se impossibilita o accesso à convicçao, ou se se tem ainteliçencia obtusa\*? tomemos, porexemplo, o caso em que tivessemos verificado com nôssos proprios olhos os ditos factos. Da mesma sorte observemos o que se passa em um tribunal criminal allemão compostode seisjuizes : nelle veremos frequentemente tal prova produsir em todos elles uma impressão identica ; e por todos unani-mamente ser decretada a culpabilidade do individuo. Quando

•

dous homens dignes de fé nos attest&o uni facto, a que assistirfto, podemos recusar-nos a admittir a sua verdade? Ijî.' pois fora de duvida, que ha na verdade uma força de impulso, cujo effeito nao falha em todos os homens, e que entre os meios que auxiliao a sua manifestaç&o, algunsha, cuja influencia se propaga igualmente em todos os espiritos-, e lhes imptie uma irijesistivel convieçao. Observâmos ainda, que em tal caso o individuo çonyencido, quera quer seja, pôde mqtivar a sua convieçao, e que esses motivps são sempre os mesmos, ainda que os individuos sejam diversos. Nao parece résulter de tudo isso certas lois de correlaçao necessaria entre o sugeito que julga, e p objecta que é julgado "? e da perfeita concordancia entre as idéas do primeiro e o seu objecto nao resultão certas garantias ? em concluaao a convieçao nao surge das proprias entranbas da verdade ; e plenamente independente do espirito, que julga, e a seu pesar, nao lhe impoe ella a sua lei ? Neste sentido seguraroe se pôde dizer que a verdads é *objectiva*.

De outrolado, séria desconheçer a existenciadephenomenos nao menos évidentes, equererviver em uma illus&o compléta (!), o esquecer que em toda a causa,em que se trata de decidir em fundo onde esta a verdade, a convieçao procêde da iudividualidade do juiz. Sua missao obriga-o a examinar os pontes isola dos, nos quaes a prova se funda, a liga-los uns aos outros, a deduzir as suas consequencias, e, depois de ter minuciosamente aferido uns pelos outros, com o auxilio dos motivps pro e contra, a assentar uma conclusao definitiva sobre os resultados diversos de todos estas operaçoes mentaes ; mas todos os nossos actos contém o sello do nosso character pessoal, da nossaindividualidade, e a nossa physionomie se reproduz até nos trabalhos do nosso espirito. Ora, quera poderia sustentar que o mesmo nao acontecerâ com o juiz, qne investiga a verdade nos factos submettidos a sua decisao ?

(7) Relatorio da Oommissão de Justiça prussiana sobre o jury, p. 1—17.

Indubitavelmente ha certos processos efficaes, que permitem ao homem attingir o fim ; concedemos que aiguns mas vexes (querri frequenfo por muito tempo os Tribunaes dejustia poderã dizer se acontece militas vezes) as provas são tao fortes, e de tal natureza, que todos os juizes.por ellas se convencem inteiramente. Todavia mesmo neste caso a individualidade de cada nm se faz sentir, quando se profere a sentença. Supponbamos o caso bastante raro, em que a convicção se produz uniformemente em todos os espiritos, quando por exempta houver concordancia perfeita nas declarações de duas testemunbas ; cada um dos juizes considerará demonstrada a culpabilidade por differente motivo ; este, que conhece a primeira testemunba como homem de bem, nem um instante poderã snppor que ella tenha perjurado ; aquelle observou as particularidades intimas e circumstanciadas, nas quaes entrou a segunda testemunba ; outro ficou convencido vendo o depoimento de ambas combinar exactamente com as circumstancias consignadas nos autos, e fualmente nm outro vendo-as combinar entre si até nas minimas circumstancias. Se pois fosse possivel assistir, no espirito de todos, ao nascimento e aos progresses das convicções, que nelle se desenvolvem, quando o tribunal tem de julgar sobre as provas artificiaes, que lbe sao apresentadas, reconbecer-se-bia a diversidade dos seus motivos. Quando um raagistrado tem uma longa experiencia da perversidade humana, da leviandade ordinaria dos juramentos, do complexo do idéal e da realialidade, que no fim de certo tempo se apossa da memoria, seu juizo, habituado a um exame severo das cousas, besita em face de taes ou taes provas, e nao se deixa arrastar a proferir sua decisao tao depressa, como o faria um collega menos experimentado, raenos iniciado nos segredos da consciencia e da vida. O número das testemunbas nao defeituosas, *clases* (se assim podem ser denomiuadas), é extremamente restricto; quasi sempre na causa ha alguma

difficuldade em, relação a elas, e o juiz deve antes de tudo examinar, se se lhes deve dar crédito; e até que ponto. Quão delicadas são algumas vezes as questões, que elle tem de resolver ! Vio-se uma moça depôr a favor de seu amante contra seu irmão : quai das vozes do coração era aqui a mais forte? a que fallava pelo irmão, ou a que fallava' pelo amante? E o juiz, tendo de decidir tal questão, não ouvirá ao seu proprio coração? não consultarão os sentimentos de sua vida privada? Era uma palavra, o seu juizo não sera subjective ?

De toda a discussão précédente conclue-se, que a investigação da verdade esta subordinada a certas regras decisivas ; que ella deve seguir certas e determinados caminhos, que a razão e a experiencia demonstrem serem mais aptes para fazer chegar ao fim ; que a verdade assim estabelecida funda-se em bases de tal natureza, que convencem infallivelmente o espirito de todos os juizes; mas é, licite concluir tambem, que antes de decidir dos factos, cada um dos juizes soffre "a influencia do seu character individual, de sorte que a sentença proferida é evidentemente *subjectiva*.

Já se disse (cap. 6) que a verdade, ou os motivos dos quaes ella deriva, imprimem um movimento à balança da consciência, e que a este movimento corresponde um estado determinado do nosso espirito. Entao acontece algumas vezes, que sentimos em nos mesmos a certeza, que em nosso espirito poderia produzir o exacto rigor da deducção mathematica ; julgamos possuir a mais elevada evidencia, a verdade absoluta; em outros casos as balanças da balança são apenas agitadas, e então só podemos formar urna conjectura, entramos em desconfiança, conceberemos uma suspeita, etc. ; mas entre estes dous estados extremos ha uma multidão de outros possiveis Em um delles especialmente o espirito, sem poder perfeitamente explicar porque motivos, sem os ter sufficientes para a convicção, vai até o ponto de considerar como verdadeiros os factos da

causa. Não é raro vêr também o juiz declarar<sup>1</sup>, que, subjective/mente fallando, esta plenamente convencido da culpa do accusado, ou que considêra verdadeiros os artigos da accusaç&ão, mas que ver-se-hia em apuros se tivesse de deduzir os motivos sufficientes da sua convicç&ão. Da mesma sorte o publico, que assiste as audiencias, nos lugares em que s&ão publicas, mostra-se frequentemente convencido da culpabilidade, e todavia muitos dos espectadores, que pretendem estar convencidos, se fossem obrigados a uma analyse minuciosa dos motivos que os arrast&ão, ver-se-hi&ão na impossibilidade de os produzir, e reconheceriao. que obedecerao a um sentimento obscuro e mal definido ; uns confessariao ter sido abalados pela attitude do accusado ; outros, para o declarar culpado, recorrerião à sua vida, aos seus funestos accidentes. Neste ponto sômente a convicç&ão é facilmente fallaz ; as influencias do momento, as palavras persuasivas de um terceiro podem dar-lhe origem ; mas como ella não tem base solida, não poderia, mesmo nas causas habituaes da vida, satisfazer ao homem prudente e consciencioso, nem fornecer-lhe uma regra de conducta. Ainda menos deveria satisfazer ao juiz, que tem de decidir de direitos disputados, ou da culpabilidade deum accusado, e cujo erro pôde destruiros mais preciosos bens, os mais sagrados direitos dos cidad&ãos. Mas se a opini&ão do juiz tem por base motivos sufficientes, e dos quaes tem elle, sonsciencia, sô entao pôde decidir affirmativamente, e a sua sentença passai\* por justa aos olhos do publico.

Ora o estado do espirito, que considêra os factos como verdadeiros, appoiando-se em motivos plenamente solidos é a convicç&ão propriamente dita (8).

(8) Também existent controversias sobre o sentido desta palavra. Vide par exemplo Weber, *ArW. de direito crim.*, 8, p. 567 ; Jarke, *Revista de Hitsig*, n, 19, p. 138; Heinroth, id. n. 48. p. 241.

---

Já dissenios mais de unia vez,que até o raomento em que se firme, a convicção, em que a decisao se profêre, trava-se em nosso espirito uma especie de combate entre os motivos pro e contra. Ora estes motivos podem pesar diversamente uns relativamente aos outros.

1.º Assim,os motivosaffirmativos,por exemplo quando se trahi de dizer se o indiciado é o autor do facto, tomados em «Le isolados de todas as razoes contrarias, podem parecer nao sufficientemente concludentes, quando por outvo lado naja du vidas sobre a existencia mesmo do facto;eé oque acontece quando uma testemiinha singular os attesta, quando o indiciado retracta-se da sua confiss&o, quando cedeu ao constragimento illegp&l—mente empregado na instrucção.

2.º Assim, recorrendo a outra combinação, os motivos, dos quaes se conclue a culpabilidade, podem ser poderosos por si sôs. Concordantes até nas suas circunstancias as mais intimas, complêtes, e adaptando-se a todos os factos da causa, parecem autorisar plenamentd a convicção. Mas ao lado destes motivos, outros contrarios podem surgir, edespertar a duvida : 1." Ao lado das razoes, que dao existencia â convicção, outras vem estabelecer positivamente o contrario ; tal sería o caso por exemplo, em que em face de testemunhas classicas uma terceira viesse affimar,que o autor do delicto é pessoa diversa do accusado. 2.º Mesmo o processo pôde fornecer motivos contrarios estabelecendo a impossibilidade dos factos da accusação, quando por exemplo duas testemunhas affirmao,que no dia do crime o indiciado estava em um lugarmuito distante da quelle, em que o crime foi commettido. 3.º Outras vezes motivos fornecidos pelos autos tornao inverosimil a accusação ; supponhamos o caso de ter o indiciado o maior interesse, em que vivesse o assassinado, por ser este o seu unico bemfeitor ; supponhamos aiuda o caso de n&o ser-lhe a sua morte proveitosa em cousa alguma. 4.º Os motivos de defesa podem tambem basear-se em uma

simples possibilidade que, nas suas circunstancias especiaes, nao seja extraordinaria por sua natureza, e seja facilmente concebivel ; figureraos uraa hyphothese : as teatemunhas affir-mão ter reconhecido o accusado na obscuridade, a este nega obstinadaraente ; ora aqui era possivel o engauo das testemu-nhas. 5-º Esses mesraos motivos finalmènte podem ser admissi-veis aos olhos da razao, e nao serem provaveis : duas tesrau-nhas depoem contra o accusado ; ora em rigor é possivel que sejam animadas pelo odio, que tenham juntas tramado o crime, que falsamente imput&o ao accusado, e que tenham de proposito combinado entre si as circunstancias concordantes dos seus de-poimentos.

Quando a convieção chega ao pontp de repellir victoriosamente todos os motivos contrarios, e quando estes nao podem mais abalar a massa importante dos motivos affirmativos, ent&o toma o nome de *certeza* (9). Sô a certeza nos parece bastante poderosa para servir de regra aos nossos actos, e a razao approva esta conclus&o, poisque o homem, nos seus esforços para attingir a verdade historica, n&o pôde esperar ir mais longe, do que alla.

A certeza (10), para existir (11), exige o preenchimento" de certas condições essenciaes.

1.º Exige dm complexo de motivos, sancionados pela razao e pela experiencia, para servir de base â convicç&o.

(9) Canz de *Probabilitale juridicâ*, g 12; Klein, *Annaes*, vol. 26, p. 43 -Rolin de *Delictis*, p. 32; Tittmann, *Manual*, § 225.

(10) A palavra ingleza *évidence* significa ao mesmo tempo *prova e.certega*. Vide sobre este assumpto: Bentham, *Tratado da Prova judiciaria*, vol. I. p. 17—24. '

(11) Weber. *Areh.* 8, p. 573; Jarke, 1, c, na Revista e Hitzig, n, 19, p. 132. ,

-&°. Exige que seja precedida por um esforço sério, e imparcial, que tenha estudado afundo, e desviado os meios, que tendessem a fazer admitir a solução contraria. Quem deseja adquirir a certeza, não cerra a porta à dúvida: pelo contrario detem-se no exame de todos Os indícios que a ella poderia condensar ; e só quando tem conseguido fazê-la desaparecer completamente, é que a sua decisão se firma, e esta appoia-se na base indestrutivel dos motivos da convicção affirmativa. Estes principios, seja dito de passagem, dão ao processo inquisitorial um poderoso alcance, um caracter imponente, quando a sua organização é prudentemente combinada : porque o instructor dedica-se com igual ardor à investigação dos materiaes, que mais tarde poderao auxiliar a defesa. Faria notar comçuido o mais ligeiro indicio, mesmo contra uma testemunha da accusação, se delie se podesse deprehender, que aquella vive menos honradamente, ou que a sua veracidade deve ser suspeita, ou finalmente que é inimigo pessoal do accusado.

3.º A certeza não pôde existir antes de terem sido repellidos todos os motivos constantes dos autos, que tendessem a fazer considerar a accusação como baseando-se em uma impossibilidade, ou a estabelecer um resultado positivamente contrario ao fornecido pelos outros motivos. O juiz ousaria por ventura condemnar, mesmo quando duas testemunhas affirmassem ser o accusado autor do crime, se uma terceira viesse affirmar, que em tal época o accusado residia em lugar bem distante daquelle que foi theatro do crime.

4.º O espirito quer ver repellidos, antes que a certeza prédomine, mesmo os motivos, que não tenham por base senão uma possibilidade em sentido contrario. Assim se explicao as investigações minuciosas do instructor ; assim quando elle examina os lugares, o corpo de delicto, tendo em consideração o lugar, em que se achavto as testemunhas, e notando o tempo e a hora, deve perguntar a si mesmo, se era possível, que aquellas



reconhecêssem claramente o culpado ! Em quanto restar alguma sombra de duvida, não haverá certeza possível para o juiz consciencioso.

5." O espírito não poderá além disso deixar passar em silencio as circumstancias simplesmente imaginaveis, ainda que pouco usuaves, desde que na causa existem indícios, por mais levés que sejam, e que estabelecem uma probabilidade, ainda a mais remota. Deverá pois mostrar-se duplamente attento, se por exemplo descobrir, que uma das testemunhas da accusação é inimiga do accusado.

Faça-se o que se fizer, um amigo sincero da verdade deverá reconhecer, que a certeza, com a qual é obrigado a contentar-se, não escapa ao vicio da imperfeição humana ; que pôde sempre suppor-se o contrario do que admittimos como verdadeiro (12). Finalmente a imaginação fecunda do sceptico, lançando-se DO mundo da possibilidade, sempre achará com razões de duvida.

Com effeito em todos os casos pode-se imaginar uma combinação possível, o espírito não ficará raenos satisfeito, quando motivos sufficientes servirem de base à certeza, quando todas as hypothèses rasoaveis tiverem sido examinadas e rejeitadas | depois de maduro exame; então o juiz julgará certamente estar de posse da verdade, unico objecto das suas investigações ; e além disso o legislador quiz que fosse esta certeza da razão a base do julgamento (13). Exigir mais, seria querer o impossivel ; porque nunca a verdade absoluta pôde ser attingida em todos os factos. que pertencem ao dominio da verdade historica. Se a legislação recusasse systematicamente admittir a certeza,

(12) Stubel, *Do corpore delicto*, 167.

(18) A. Ordenação eriminal da Prussia, diz no S 393 : *O juiz tem uma sufficiente certeza, quando existem motivos plenamente convincentes da verdade do facto," e quando, secundo o curso ordinario dos cousets, for difficil imaginar um motivo grave em contrario.*

sempre que uma hypothèse contraria fosse imaginavel, ficafião impunes os maiores culpados, e por conseguinte a anaxH chia se introduziria fatalmente na sociedade.

E\* preciso bem éiStinguir a *probàbilidq !\$, da certeza* (14). Ha probabilidade quando a razfto, apoiando-se em graves motivos, considéra um facto como verdadeiro, mas comtanto que nao sajao completamente aniquilados os rootivos graves em contrario (15). Résulta ella, ou da circunstancia de nfto se apresentarem na especie com todas as condiçOes requeri-das (16) as provas, que deverifto estabelecer averdade, ou da circunstancia de, em face dos motivos por ella fornecidos, existirem outres tambem procedentes em sentido contrario (17) ou do facto de basear-se a convicção em dados (18), que, nao obstante a sua reuniao, nao sao ainda bastante poderosos para produzirem a certeza.

Em todo o caso a probabilidade nao pôde ser tomada por base dé uma condemnaçSo, pois que fica sempre margem â dnvida, ea consciencia nao poderia ficar satisfeita, eraquanto nao fosse repellida a possibilidade do contrario.

Em compensação a probabilidade (19) encontra toda a sua

(14) Os antigos deflnião a probabilidade : *Probabile quoi qwidetn sui habet rationem sed nondum ex omni parte sufficientem.*

(ii>) Ord. Crim. da Prussia, g 396.

(16) Exemplo: Uma testemnnha não prestoti o juramento em forma.

(17) Exemplo : Uma testemunha da defeza contradiz formalmente as declarações de duas da accusação.

(18) Exemplo : Não ha se não simples indícios.

(19) Wach. De *VerisimilHudine crim.* Iena, 1785 ; Stubol, *Do corpo de delicto*, g 172. '

»TW«

importancia no curso do processo ; ella guia os passos da instrucção, e autorisa as medidas graves ali exigidas. Sabe-se com effeito, que o processo inquisitorial caminha em um andar compassado e reflectido, e que para sujeitar o accusado a uma nova phase de rigores, é mister que estes antes de tudo se justifiquem pelos dados da informação précedente (20). E' por isso que a prisao só é decretada, quando ha graves presum-ções ; e que, para que se possa passar à instrucção especial (ou principal), é mister que o ponto de facto pareça pelo menos fundado em véhementes probabilidades, e que as provas sejam fortes contra o accusado. Portanto só a probabilidade existente pôde pôr em movimento o juiz no limite de suas attribuições, muitas vezes só ella apparece no curso do processo. Tambem é graduada segundo o seu poder ; quanto mais numerosos e dirimentes forem os motivos da affirmativa, tanto menor sera, a influencia dos contrario» ; e, concluindo, citemos um exemplo : uma unica testemunha, vindo corroborar numerosos indícios da accusação, dá à probabilidade muito maior força, do que a que poderia dar o seu depoimento nu e isolado, ou o facto isolado de serem encontrados em poder do accusado os objectos furtados.

#### CAPITULO VIII

##### DO SYSTEMA SEGUIDO PELO LEGISLADOR NA ORGANIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DA PKOVA

Em toda a legislação (1) a sentença criminal não é mais do que o corollario da decisão sobre o ponto do facto, pois que o legislador supõe previamente que a referida decisão émana

(20) Oarmignani na Revista de Jurisprudencia estrangeira, **part. 1, SS 3-33. i**

CI) Sobre os deveres do legislador em materia da prova, vide Bentham. **Tratado da prova t. 1, p. 26.**

da intima convicção do juiz, da certeza por elle adquirida dal verdade dos factos, cuja existencia serve de base à accusação. Por isso trata-se de a cercar do maior número posavel de garantias; é mister que ella comprehenda os factos sob o mais amplo ponto de vista, que as suas disposições sejam sô-mente dictadas pela certeza ; e quando tôdos os cidadãos acreditaot a condemnação racahido sobre o verdadeiro culpado, a pena adquire a sua mais completa efficacia.

No momento em que o legislador tiver de traçar as regras da certeza gérai, pôde, collocando-se em dous pontos de vista différents, escolher entre dous System as :

r Escolbera o primeiro systemaa, se entende que todo o homem ua investigação da verdade, e na apreciação da prova tem em si um correspondente poder de instincto que o guia ; se por conseguinte julga que a sentence, que tem de ser profunda sobre factos reconhecidos como certos, deve resultar, mais da impressao gérai sentida por todo o espirito cultivado em face das provas produzidas, do que de motivos fixos e determinados ; se finalmente é de opiuiiao, que o juiz nao pôde ser obrigado a dar conta severa de sua convicção : O grande número de votos exigidos para que possa baver condemnação ; a qualidade das pessoas. as quaees a sentença é confiada, e cuja posição tende a conciliar os interesses supremos da ordem publica com a sympathbia sempre dévida a um concidado accusado ; finalmente a mais ample liberdade, a este concedida, de recusar os sus juizes ; taes sao naste systemaas garantias, pelas quaes a lei se exforça em assegurar a justiça rigorosa das sentenças.

No segundo systema, a investigação da certeza légal nao é mais do que uma operação puramente scientifica, baseada em regras fixas, cuio desenvolvimento é possivel ao. legislador dirigir. A sciencia juridica é aqui requerida ; e sô pôde ser confiada uma tal missao a quem uma longa pratica uma edu-

cacao scientifica. e conhecimentos juridicos collocao na altiãra do seu dever ; e de quera se pãde rigorosamente exigir a manifesta ç&o dos motivos da sua convicção.

Partindo-se do primeiro systema chega-se ao jury; e do segundo à *theoria légal da prova*, e as regras que ella impõe a juizes familiarisados com a sciencia do direito.

Este seguodo systema foi preferido pelos jurisconsultes allemães em materia de processo criminal, desde o dia em que se tentou dar a este uma organisaç&o scientifica, e pelos legisladores nos seus numerosos ensaios de reforma para a Allemanha; mas modemam ente tem sido impugnado por numerosos adversarios (2). Devemos enumerar summariamente as principais objecções que contra o mesmo se tem levautado :

1º E' loicura, diz-se, querer comprimir por normas fixas o vôda faculdade, innata em todos os homens, de investigar e descobrir a verdade das cousas, faculdade que auxiia o homem nas occurrencias quotidianas da vida privada ; encadeiar assim o juiz prudente e experimentado, nao sera encerra-lo em um circulo que não pode transpôr? Nao sera crear para o juiz ainda novo e inhabil uma tutella sem effieacia, que jamais lhe darà a prudencia que lhe faite? A sciencia pôde, sem duvida, formulai' certas regras uteis para a investigação da verdade, mas estas regras s&o por sua natureza conselhose nao ordens, sao avisos geraes. que para serein applicados ao caso particular, basta que em relação a elles a prudencia os aconselhe ; mas *a lei* deve fugir de estabelecer taes regras, porque tornar-se-hiao absolutas e imperativas, e séria tao pouco rasoavel prescrever a cada individuo um modo de pensar, como um modo de convicção.

2.o Qualquer tentativa neste sentido deve necessariamente

(2) Vide especialmente o *relatorio da commissRo immediala prussiana*. part. 1; e Meyer, *Espirito, origem e progresso das instituiçUes judiciaes*, vol. 6, p. 363.

abortar (3) ; é impossível comprehender sob doûs ou très acanhados artigos de lei a multiplieidade dos casos a julgar com suas côres diversas, esuas infinitas combinaçOes ; e jamais passará pela mente do legislador sensato estatuir uma regra distincta para cada especie possível, salvo se quizer confeccionar um código inteiro da pTOva cora seus milhares de artigos, oque é absurdo. Pode-se affirmar com certeza, que o juiz nao acharia neste código uma sô disposlção applicavel a uma multidão infinita de especies : querendo a lei que a certeza sômente tenha por fundamento certas provas determinadas, sera o juiz obrigado a pronunciar ueste caso a absolvição ? (Figuraia seguinte hypothèse : um indiciado confessa o crime, e a sua confissao é corroborada pelas declaraçfies de qu atro cumplices, que nada tem a ganhar em fallar neste sen-tido ! )

3.º Em qualquer *Theoria légal da prova* 6 necessaria uma ennumeraçâu das diversas provas : pois bem ! esta euuume-ração necessariamente restrictiva muitas vezes faz com que o juiz nao possa dar toda a importancia a estas ou aquellas circumstancias, queo legislador deixou de parte por causa da sua apparente insignificancia. Ma3 nem por isso deixão ellas de exercer muitas vezes, e necessariamente, a mesma impressao poderosa em todos 03homens, convencendo da cnlpabilidade no sentir daquelles, que tem justo e profundo conhecimento do espirito humano ; notentanto o juiz deverá conservar-se impassivel diante délias, e nao poderá obedecer as grandes leis da natureza, que tao claramente lhe mostrflo o caminho a seguf. Pouco importa que um menino de nove annos tenha presenciado o homicidio, e désigne Titius como o seu autor ; que o proprio Titius perante uma testemunha, e no momento em q ue

(3) Zentner, no livro intitulado — *Do Jttry tom o debate-jiublico a oral* — mostrou-se ser um dos mais severos adversarios do sy tema da organização légal da pena.

o cadaver da sua victima vai ser sepultado, exclame vencido pelo remorso, que elle é o culpado; que o cao da vietim a, toraando a ver repentmamente o assassino, que vira no momento do crime, se lance sobre elle furioso, e nao queiralarga-lo : nao obstante serem provas bem fortes todas estas circumstancias, o juiz nao podera toma-las em eonsideracao !

4.º O legislador engana-se, se considéra a convicção do juiz como resultado das provas organisadas conforme o seu systema ; pelo contrario ella dériba da lei natural, résulta do concurso de uma multidao infinita de motivos, apoia-se em uma interminavel série de pequenas circumstancias ; e de tudo isto o juiz nao poderia apresentar uma exposição motivada : os pretendidos motivos enunciados na sentença nao sao pois os verdadeiros ; a condemnação tem lugar, nao porque duas testemunhas depozerao no mesmo sentido, mas porque os depoimentos se harmonisao perfeitamente com o caracter do accusado, com os motivos especiaes, que elle tinha para assim obrar, e porque elles vem confirmar indicios importantes ; e reflectindo melhor, descobre-se facilmente, que é uma circumstancia différente que prédomina, e firraa a certeza no espirito de cada juiz.

5." Querendo o legislador prescrever um modo de prova obrigatoria para o juiz, subjuga *ipso-facto* a consciencia deste, e arrisca-se a causar injustiças. Imaginemos o caso de ter a lei declarado — que deve ser tido por verdadeiro um facto affirmado por duas testemunhas : farao realmente plena prova os depoimentos simples destas duas testemunhas, quando talvez nao devao senao a uma sô circumstancia (por exemple a sua qualidade de estrangeiros no paiz onde são desconhecidos) o nao serem classificados na cathegoria de testemunhas suspeitas ? A razao nao nos diz, que o que convence, nao é o depoimento de ambas, mas a verosimilhança intima das suas palavras, sua phisionomia durante o interrogatorio, o cuidado e

exactid&o, que presidirao a este, a concordancia do seu depoimen-  
tti cbm 08 faetos articulados ? Séria pois erro grave dizêr a lei,  
que a prova deve necessariamente resultar do concurso de duas  
testesmunhas.

6." Do facto de fbrmar-se sempre a consciencia do jtiiz por  
meio de circunstancias quasi inapreciaveis, e de ser impossí-  
vel exprimi-las nos motivos juridicos e rigorosamente dedu-  
sidos, deve-se ainda concluir a impossibilidade da *Tfieoria lëg aĩ*  
*da prova*. Accresce que o jute, a despeito de todas as regras  
q«e lhe forao traçadas, de modo algum se deixa guiar por  
ellas, e décide as mais graves questfles sômte pelos dados da  
sua propria consciencia. Lei alguma no mundo pôde dizer por  
exemplo se uma testemunha é inimiga do indiciado (4), ou se  
tem algum interesse indirecte no resultado da questao ; entre-  
tanto todo o processo dépende de saber-se, se essa testemunha  
é classica, sem defeito, ou se deve ser considerada suspeita.  
Desta questao dépende a septença, e o juiz nao pôde achar a  
sua soluçSo senflo na sua consciencia,' pelos mesraos tramites  
e meios que um jurado. Vamos mais longe : se a lei lhe ordena  
de prestar fê à confiss&o produzida nas condições requeridas,  
acharia elle nas regras da prova solução para a questao da ve-  
rosimilhança, no oaso em que a dite confissao encerrasse res-  
tricccOes, que parecessem verosimeis \*? Certamente que nao, de-  
veria simplesmente appellar para o seu bom senso. Admitta-  
mos mesmo que alei possa declarar, que fazem prova plena  
duas testemunhas contestes nos pontes mais essenciaes; ainda  
aasim é preciso que o juiz décide, como se fosse simplëzmente  
uro jurado, se ha verdadeira concordancia, e quaes stto os  
pontes essenciaes. Finalmente é cousa reconhecida por todos,

(i) A inimizade conipoe-so de uma sorte **de** relações hostis, **mas das** quaes  
naila se pôdo dizer, **em qtfuito se ignora o encadeiamento dos factos, o modo**  
**de ser dos personagonB, seus motivos, saas manifestlações exleriores eto. ew.**



que as regras, por mais numerosas que sejam, não tem aplicação ao caso, em que os juizes tratam de examinar o concurso de circunstâncias, e o seu efeito na causa, assim como acontece, quando o juiz examina a questão da culpabilidade (5).

\*7.º O legislador, que quer regular a prova por uma lei, coloca-se na seguinte alternativa. Se se mostra preocupado com uma justa solicitude, quer principalmente que a inocência não corra perigo, e estabelece prescrições absolutamente completas, constrangerá infalivelmente o livre arbítrio do juiz ; formarão uma longa lista de testemunhas inadmissíveis ou suspeitas, proscreverá qualquer condenação, que for somente baseada no depoimento de testemunhas por elle classificadas na categoria das suspeitas ; enumerarão milhares de condições, das quaes somente possa resultar a convicção legal (exemplo : no caso da prova artificial). Se prefere o systema opposto, satisfaz-se em estabelecer algumas regras puramente geraes, e a sua *Theoria da prova* proclama uma doutrina mais liberal ; pôde-se citar como exemplo a legislação hollandeza. Agora eis as consequências. No primeiro caso o juiz é obrigado muitas vezes a absolver indiciados realmente culpados, mas cuja culpabilidade não pôde ser legalmente proclamada por faltar na causa uma ou talvez das circunstâncias exigidas. Como se vê, um tal systema arrasta consigo todos os inconvenientes da impunidade, e da *absolutum ab instantia*. Por ter a lei dito que a confissão não faz prova, senão quando não fôr extorquida por suggestões; por ter ella exigido que os indícios, para que sobre elles possa apoiar-se a certeza, sejam corroborados pelo concurso de circunstâncias anteriores, concomitantes ou posteriores, não se segue que em caso de suggestão a

(f<) Vide as dissertações do autor nos *Sovos Archivos do direito criminal*. t. 12, p. 497-

confisK&o nunca possa convencer, e nem que os indícios jamais poss&o taxer prova por falta de uma circumstancia posterior (6). No segundo caso, enunciar o legislador sôraente algumas regras geraes, é o mesmo que dizer que os juizes podem condemnar, desde que estiverem convencidos, nao sendo as ditas regras sen&o o desenvolvimento destei axioma. Demais tautologias funestas vem desfigurar amaiorparte destas regras sobre a pena ; e feliz sera o legislador, se na sua t&o gérai comprehenção nao deixar introduzir-se, sem que elle saiba, algum viciou mais grave ajuda, algum principio falso e que levé o juiz ao erro *CI*).

## CAPITULO IX

### DOS EN8AIOS TENTADOS EM DIVERSOS FAIZBH PABA CONSTRUIR UMA TUEORIA OU SYSTEM\* LEGAL DA PROVA.

Quando se estudao as diversas legislaçfics, nas quaes a prova foi organizada em systeuiia, e quando se acompanha a ideia mai, o piano ,de marcha do legislador, quando elle lhe estabelece regras, ve-se logo que estas leis especiaes se dividem em roui tas categorias.

Pi

1. Muítas vexes a lei limita-se a eatabelecer como principio a inadmissibilidade de certas provas ; détermina que taes pa-

(0) Sobre oslo ponto pode-se consultar M tentativat feitas em diversos pnizos para chegar A exposiçSo satisfatoria das condiçSes da validade da prova por *indícios* —Vide o *Proe. crim. conyp.* t. 11. cap. 182.,

( )Achar-no-h4o boa» informações aobre eslo assumpto em Umolitn *Da ad-minittração dajmtiça pénal nos jteqneijos Estados*, p. 317e seguintes.

rentes, que os meninos, etc., não podem depor como testemunhas ; ou prescreve certas formalidades relativas à admissão da prova, como o juramento das testemunhas. Nesta categoria poder-se-hia classificar as leis inglezas e francezas, e neste sentido poder-se-hia dizer, que ellas também regularão a prova até um certo ponto.

2. Ao lado destas regras o legislador algumas vezes confecciona uma especie de instrucção sobre a prova que, sem ligar absolutamente o juiz, deve sempre ficar-lhe presente ao espirito no curso do debate, e servir-lhe de medida normal em todas as occasions : harmonisando-se com este systema a *Common law* (lei commum) dos Inglezes, e o *Code of evidence* (Codigo da prova) da America do Norte.

3. Em certos lugares a lei contém regras fixas, indicando aos juizes quaes as provas, nas quaes deve basear-se a sentença penal, quaes as condições, que devem ser observadas em relação a cada uma das provas, quando se trata de natureza a obter uma decisão; regras que prendem invariavelmente o magistrado, e lhe recusam o direito de pronunciar a condemnação, quando a certeza adquirida pelo seu espirito não entra inteiramente no circulo das formulas legais. Tal é o systema das leis penaes da Baviera, Prussia, e Austria; e que na substancia se encontra nas novas leis, e nos novos projectos para os outros estados allemães.

4. Em outros lugares a lei estatue alguns preceitos rápidos\*, que não são propriamente seus principios geraes ; mas não obriga o juiz a condemnar pela prova apresentada, se elle não esta plena e intimamente convencido. Portanto neste systema, diversamente do anterior, não basta haver essa especie de certeza legal ; é preciso além disso que haja a convicção pessoal do magistrado, a qual por seu turno seria insufficiente, se também os factos não fossem demonstrados com o auxilio de uma prova considerada completa aos olhos da lei.— Esta

theoria é a da nova ordenação criminal da Hollanda (1), que rauito se desvia dos tramites ordinariamente seguidos na Alleraanha nas suas disposições especiaes sobre a prova testemunhal (2), por exemplo sobre a confissão (3) etc.

5. Finalmente a lei pôde libertar os juizes de facto de todo os obstaculos, e louvar-se absolutamente na sua consciencia s na sua convicção ; mas para evitar os inconvenientes de condemnaciones não motivadas, ella abraça uma especie de systema *negativo*, e lhes prohibe sob pena de nullidade, basear suas declarações em certas provas determinadas.

Tal é o systema adoptado pelos redactores do ultimo projecto de regulamento do processo criminal (4) da Raviera (submettido as Camaras em 1831): o projecto exige além disso que todo o

(1) Ordenação criminal de 1870. — Vide sobre este assumpto — Van-Deu-Tex ua *Revista cri lira de legislaço*, e *jurisprudencia estrangeira*. publicada sob a direcção do autor, t. 5. p. 171.

(2) O art. 7, titulo 90, diz : *O depoimento isolado de uma testemunha singular não faz fé como prova legal : todavia se os depoimentos singulares e isolados de diversas pessoas relativamente a factos diversos, tendent pelo seu concurso, e pela relação entre elles, a protar um facto geral, fica d prudencia do juiz o attribuir a estes depoimentos singulares a força da prova legal.*

(8) O art. 18 dispõe: *A confissão do accusado, feita perante ojuiz, de ter commettido o delicto que lhe è imputado. pode fornecer uma prova completa da sua culpabilidade, se ella fôr acompanhada de uma indicação precisa e exacta das circumstancias conhecidas, quer pela declaração conforme da pessoa lesada, quer por outras provas concordantes.*

' (4) O artigo 168 assim se exprime : *Os juizes são inteiramente livres de samente seguirem a sua consciencia e a sua convicção na apreciação dos provas produzidas na causa ; só não poderão, quando declararem a culpabilidade, basear-se em uma confissão, que não tiver sido solemnemente feita na audiencia, ou que não for corroborada por outras provas ; e nem no depoimento de uma testemunha singular, se tambem não for corroborado por outras provas.*

tribunal se componha de noyê juizes, dos quaes unco decidirao do facto, e quatro do direito (\*).

## I CAPITULO X

### QUAL É O VERDADEIRO CARACTER, E QUAL O VALOR REAL DA THEORIA DA PROVA SEGUIDA NA ALLEMANRA

O systema de uma theoria légal da prova provoca nutnerosas, objecções, que já enumeramos acima (cap. VIII), e que certamente tem uma côr muita especiosa;mas quem as examina a fundo de bôa fé, conhece bém depressa, que ellas sô se appoiao pela maior parte em equivocâçes, na ignorancia das cousas, e da jurisprudencia allema ; ou antes, que ellas originao-se do desejo mal dissimulado de fazer cahir o systema sob o peso do

(\*) Entre os trabalhos législativos, que devem excitar a attenção do juris-consulte, oonvem citai- muito particularmente o codigo napolitano de 1819, Este codigo confêre a juizes regulares o direito de proferir a sentença difinitiva, sem lhes assignar prescripções de alguma theoria da prova ; sômente os obriga (não obstante deixal-os livres de nio seguirem nos sua i decisões senão o seu critérium moral — *crittrio morale*, art. 392—) a motivar completamente qualquer condemnação por elles proferida ; a dar contas por con» seguinte de todo'o trabalho de espirito, que uelles geroua convieçao. Sua sentença não tem appellação e o unie» recurso admittido é o de revista.

O Tribunal supremo é pois ohamado muitas vezes a decidir, entre outras cousas, se os motivos são erroneos ; se são concebidos em termos tfio geraes, que a sentença, propriamente fallando. não seja motivada no sentido exigido pela lei ; se a decisão se funda em bases inconciliaveis entre si, ou em base-falsas ; se é contrariada pelos depoimentos produzidos do processo. Verificando-se qualquer dessas hypothèses o tribunal de cassacSo pôde annullar a sentença ; mas esta annullaçSo não tem Ingar, quando a sentença sô 6 simplesmente defeituosa nos motivos, se as razões da convieção do juiz, por exemplo, parecem simplesmente fracas, e esta menos solidamente firmada ; e com effeito é essa uma questão que não poderia ser resolvida pelos magis. trados do Tribunal (Cour),"pois que elles não assistirão ao debate. — Vide sobre este systema da lei napolitana, Nicolini, *Quistioni di diretto*, vol. 5, p. 287, e numerosos arestos do Tribunal de cassaçãe de Napoles na *Qaxetta dei tribwnaXi*, creada em Napoles em 1845, e exclusivamente consagrada a publicação dos debates e sentenças judicarias — (Nota manuscrita do autor.)

rediculo, imputando-lhe exagerações condemnaveis, e os abusos, que por ventura commetter&o juizes menos habeis; em appoio desta assercao nao sera necessario mais do que citar a accusação tantas vezes reproduzida, e tao exagerada : « *Q jnz na Allemanha é obrigado a dar plana fé ao depoimento de duas testemunhas, quando são contestes.* » Qualquer magistrado allemao, mesmo o menos pratico, pode dizer se este facto é exacto, e se nao sera mais exacto dizer, que o juiz nao dê fé ao depoimento de duas testemunhas, senao quando as circunstancias da causa convencem da sua veracidade, depois de maduro exame. Neste sentido pois seria sem fundamento a censura de ter o legislador peado a consciencia do juiz com pretendidos embaraços.

As outras objecções nao affectao o systema na sua concepção fundamental ; nao affectao senao as formas acanhadas ou fustas, com as quaes o revestirao ; certamente condemnaremos o legislador, que determinar uma lista, por demais numerosa, de testemunhas suspeitas ou inadmissiveis, e que, por este meio, tirar ao juiz toda a possibilidade de apreciar as» circunstancias da causa, que sao as unicas, que podem demonstrar, se a testemunha merece credito, e formar uma convicção bem fundada, quando esta testemunha lhe parecer digna de plena fé. Tarabem nao seria razoavel deixar pouca liberdade à consciencia do juiz, e exigir numerosas condições para a validade das provas (como de jamais admittir a confissão provocada por suggestões ou questões capciosas). Mas uma judiciosa theoria da prova n&o contém necessariamente todas essas restricções condemnaveis. A lei dara sufficientes garantias ao accusado, mostrando simplesmente aos juizes nos seus preceitos geraes as condições, sob as quaes a confissão pôde ter força probatoria.

Finalmente é por uma petição de principio que os adversarios da theoria légal chegam a dirigir-lhe golpes de outra es-

pecie. Suppoem elles que s6 um sentiraento intlrao, instinctivo, infalível, pôde guiar o homem no encaço da verdade e na sua descoberta, e concorrer para firmar a sua convicção (1). -Assim raciocinando desconhecem completamejpte, nao s6 o verdadeiro sentado da theoria légal, como suas verdadeiras relações com o trabalho necessario do espirito, quando se dedica à pesquisa da verdade. Passamos a expôr as "diversas vantagens da theoria, quando a lei a organiaou judiciosamente, mas antes convém estabelecer uma distincção fundamental.

Ou o legislador préfère confiar a decisao definitiva ao jury, ou a juizes regulares : no primeiro caso, a theoria légal da prova, no sentido em que é praticada na Allemanha, torna-se inutil, pois que o jury offerece garantias équivalentes; mas no segundo caso, torna-se indispensavel, e vamos prova-lo.

1.\* Os juizes regulares nao podera dar as mesmas garantias politicas, pelas quaes o jury attrahe a confiança gérai : relativamente a elles o direito de recusação do accusado é muito mais restricto; além disso a multiplicidade de votos, que é cousa tao imponente, nao pôde ter lugar em um tribunal necessariamente composto de muito limitado número de membros ; ora como compensai", em relação aos juizes regulares, a perda de tantas vantagens? Um s6 meio existe : é mister que o publico se convença, que todas as sentenças por elles proferida, são perfeitamente conscienciosas, exactamente conformes as judiciosas instrucções, da lei da prova, instrucções, cujo fim é assegurar a salvacao da innocencia : é mister que esta sentença esteja ao abrigo de qualquer suspeita de arbitrio; e que pareça ser a propria lei, que deeide ; é mister tinalmente, para que a confiança se augmente, que o juiz seja obrigado a motivât rigorosamente a sua decisao.

(1) Vide Carmiguani, t. 4, p. 160, que combate vivamente esta opiuião.

2." O legislador nfto é puramente arbitrario no traçar destas instrucçOes ; ellas sfto a sancçfto de verdades geraes confirmadas pela razao ; de methodos mais seguros para obter a certeza, e de jegras abstractas, as quaes a experiència tem dado valor; e estas se harmonisao perfeitamente coni as prèscrições legaes, que salvaguardfto a innocencia, estabelecendo limites, além dos quaes nfto se pôde passar, sempre que as provas sfto frageis, e de natureza a illudir ; no momento em que o homem cultivado, cuja recta consciencia aspira a verdade antes de tudo, esforça-se em adquirir a certesa, opera-se no seu espirito um trabalho notavel. Examina a fundo o valor das diversas provas, que nelle fizerfto impressfto ; applica-lhes as regras que julga as mais efficases, e as melhor fundadas na experiència adquirida ; e s6 depois que pesou tudo maduramente, é que chega a concluir. Ora sfto precisa mente, este novo methodo, estes mesmos mcios consagrados pela razfto, e pot uma longa experiència, que o legislador emprega como bases essenciaes das instrucçOes determinadas ao juiz. Numerosas experiencias, e os factos por muito tempo observados o guifto ; e como o juiz os toma todos os dias por termos de comparaçfto, quando examina è aprecia as provas, segue-se que quanto maior fôr o seu número, tanto mais fundada é a sentença profêrida. Ora se nfto houvesse, para ponto de appoio, um corpo de regras sobre a prova, como poderia o juiz dar conta da sua missfto, nfto podendo tirar partido senfto das experiencias pouco numerosas de sua curta vida, nfto tendo por horizonte senfto as mudas paredes do seu gabinete de estudo, ou o estreito circulo de sua familia ? Como poderia por exemplo discernir os milhares de motivos, que muitas vezes impellem o innocente a fazer declarações, que o compromettem, sob a forma de confissfto, ou a perversidade profunda do accusado, que o leva facilmente a accusar pessoas innocentes como seus cumplices? Em todos estes casos nos o veriamos dar cega-

c



mente fê à confissão, à preterdida cumplicidade. Não é melhor que a lei venha em seu auxílio (2), e que, aproveitando-se das experiências, e das observações dos séculos, lhe mostre o caminho a seguir, lhe forneça indicações e conselhos, lhe determine barreiras, sendo preciso, e lhe ponha entre as mãos um instrumento talhado com o auxílio da razão, e da experiência para aquilatar a prova?

3." Mas, objecta-se, reside em nós uma força innata, que nos impelle para a verdade : concedamos que assim seja ; mas deve-se confessar, que esta força, como tudo o' que é humano, é de natureza perfectível, e desenvolve-se com o uso; que, sendo aperfeiçoada, a sua applicação torria-se mais segura; que uma longa observação pôde perfeitamente estabelecer regras que a governem, que a sciencia p<sup>o</sup>de coordenar estas regras em systemas, e eleva-las a principios certos. O que é verdade em relação as forças phisicas, em relação as forças immateriaes do pensamento, é igualmente verdade em relação à força especial, que se applica ao exame da prova dos factos ; e quando aquella tiver sido cultivada e desenvolvida pelo juiz, que déclara o resultado de suas convicções, a confiança publica certamente augmentara.

Em resumo, a theoria légal da prova nada mais é do que a expressao das regras instituidas pela experiencia, e que desenvolvem e fecundao em nós a força instinctiva de investigação da verdade.

4." Admittamos por um momento que a lei se reporte exclusivamente a este instinto, com que se argumenta ; o que acontece ? O juizo sobre a qualidade das provas apresentadas na causa é, como se sabe, o resultado de certos inovimentos por ellas communicados ao espirito dos juizes ; estes movimentos por seu turno reagem sobre as proprias impressões, dao-lhes

(2) Garmiguani. t. 4, p. 120.

de algum modo um corpo, uma figura determinada. Sendo assim, não deve o legislador temer que certas provas affectem deronsiadamente a imaginação mais ardente do primeiro juiz ; que o segundo as receba com demasiado exclusivismo em uma especie de sobreexcitação momentanea ; que esta ou aquella prova especiosa à primeira vista, mas em fundo illusoria em muitos pontos, sedusa mui vivamente a inexperiencia de um magistrado, e o arraste a profèrir uma sentença condemna-toria em uma especie, em que outro jura mais sollicito em pro-fundar suas investigaçoEs, mais habil e mais rico de experien-cia, não teria duvida em absolver / E' preciso absolutamente que a lei previna os effeitos possiveis desta sobreexcitação perigosa, é mister que ella corrija esta inexperiencia funesta ; e este finí, consegue-o, impondo regras à descoberta da verdade. 5." A tal obra preside um interesse de ordem superior ; trata-se de fazer com que os julgamentos nunca sejam inquiridos do arbitrio, e da conséquente discordancia ; as sentenças pois devem ser selladas com o sello da lei e da uniformidade. Mas se os juizes se achassem entregues a si mesmos, não poderia deixar de haver diversidade nos julgamentos em especies inteiramente semelhantes, quando, por exemplo, as provas fossem as mesmas; porque o tribunal ora seria composto de juizes mais difficeis, e mais experimentados, ora de juizes mais faceis, e menos traquejados ; ao passo que, sendo as provas reguladas pela lei, os julgamentos dos diversos tribunales adquirem um caracter uniforme, e cresce prodigiosa-mente a confiança em suas decisões.

6.º Nesta materia a missão do legislador é pois especial : de ordinario applica-se a consagrar os direitos dos cidadãos, e a firmar relações jurídicas entre elles ; mas aqui tem elle por principal objecto conservar inviolaveis as leis eternas da verdade, e deves escolher regras, e erigi-las em leis positivas. Por este meio o magistrado, mesmo novato, e menos habil em

compreender bera os moviraentos da sua consciencia, seguin-do as prescripções legaes, acha-se no caso de fazer uma appli-caçSo segura das leis eternas, das quaes aquellas derivao (3)-

Convém agora examinât mais a fando as especiaiidades da theoria da prova judiciosamente organizada, e enumerar os seus principaes caractêres. Ver-se-ha depois que nem os intéresses do accusado, e nem os da verdade sao postos em perigo.

1." O legislador deve primeiro que tudo formar a lista dos meios de prova, nos- quaes possa o juiz basear a sentença ; mas é essencial impedir que tal prova sufficiente no civil ( o juramento por exemplo ) possa ser decisiva no crime aos olhos de nm magistrâdo, que nao soubesse bem distinguir o civil do cri min al. Ve-se fréquente mente na praxe allemâ, nos processos de instrucção dos crimes levés, o accusador autorizado a défera\* juramento ao accusado, ou a completar a meia prova pelo juramento suppletorio, mas isto nao prova senao que, na falta de uma lista dos meios legaes da prova, ou na falta de prohi-bições especiaus em relação a certas provas, o juiz, nao tendu barreira que o faça parar, deixa-se levar ao ponto de prestar fê a provas, que uma lei prudente deveria sempre repellir.

2.º A maior parte das regras da prova nao sao mais do que preceitos fornecidos pela experiencia, que indicao o me-lhor methodo a seguir nos casos occurrentes. E' com effeito a experiencia que demonstra, quaes devão seras formas do interrogatorio das testemunhas ; como se pôde evitar as sugges-toes perigosas ;.comoobrigar as testemunhas adar razûes plau-siveis de sciencia que pretendem ter dos factos : somente destas formas derivao o raerito, e confiança nos depoimentos (4). E' ainda a experiencia que somente pôde por fim fazer eu-

(3j Carmignani, t. 4, p. 120.

(4) Vide, o *Process. crim. eomp.*, t. L cap. 87.

precisar quaes as medidas de prudencia, das quaes se deve cercar a confissão para ser digna de fé. O legislador esforça-se prudentemente em fazer concordar suas prescripções com o fim de cada um dos actos do processo, e a sua confiança não se torna completa senão no momento, em que reconhece, que a administração das diversas provas foi perfeitamente regulada. Sobre este ponto nunca confiara no livre arbitrio do juiz, ou no feliz acaso de estar muito familiarizado com as suas funções o magistrado instructor.

3.º Ha outras regras, que é preciso considerar antes com as indicações destinadas aos juizes novatos, e sem as quaes estes poderiam não cuidar em certas formalidades, cuja importancia não lhes fosse demonstrada pela experiencia ; por exemplo no caso da prova fornecida pelos cúmplices. Só sob certas condições exigidas pela prudencia é que as declarações destes ultimos podem merecer fé ; ora o legislador, que quer exigir uma prova efficaz, exige necessariamente que antes de tudo estas condições tenham sido escrupulosamente observadas.

4.º Ainda ha outras regras feitas para o juiz novato, mas que só tem por objecto despertar a sua attenção ; tem applicação por exemplo as vestorias. Quem sabe que em muitos casos o corpo de delicto (em materia de infanticidio, de envenenamento etc.) se prova por vestoria, não ignora tambem que raras vezes o exame e conclusões desta satisfazem inteiramente a um magistrado escrupuloso. Além disso mesmo neste caso é sempre necessaria uma grande habilidade pratica ; é preciso dar a devassa a sua verdadeira direcção, e assim assegurar o valor das respostas dos peritos. Sobre todos estes pontos uma boa theoria legal da prova não pode deixar certamente de ter efficacia.

5.º Não se achará em uma grande parte das regras da prova, fallando propriamente, senão considerações, que parecem antes do dominio da sciencia ; a lei confia na prudencia do juiz para

profundar e fixai o seu verdadeiro sentido. e délias fazer a applicaorequerida; mas, appressemo-nos em dizer, èpor graves motivos que estas regras sao inscriptas nos codigos ; fôrçao o magistrado,no momento de proferir a sentença, a nao esquecer as recommendaçOes que ellas contem ; elle as tem sob as vistas, quando aprecia as provas, e submete-as successlvâmente à prova desta especie de balança légal, quando no tribunal examinar todos os motivos da decis3o,que temdeser proferida. Tal sería o artigo de lei ,segundo o quai as declaraçGes das testemunhas, para valerem, deveriao concordar com todas as circunstancias résultantes dos autos, e entre si nas circumstanCIAS as mais essenciaes.

6.º Além disso as leis sobre a prova quasi sempre determinifto ao juiz limites, que nao lhe épermittido transpor.O legĩslador perfeitamentesabeque em circumstanciasfavoraveis certas provas podem conseguirconvencer; mas familiarisado com os incidentes diarios da vida, e conhecendo perfeitamente a natureza dos diversos meios de prova, nao pode deixar detomar em consideração as particularidades, que a seus olhos se offerecem, e que demonsttrao a sua fallibilidade. Um acaso poderá certamente fazer com que nasça a convicção por tal ou tal prova ; mas sendo esta prova facilmente fallaz, é de muita importancia o protégera innocencia contra os seus funestos effeitos. Por isso nãu hésita,e preferindo a protecção dévida a todos os innocentes à uma impunidade pouco provavel mas possivel, de um culpado,prohibe ao juiz que appoie a condemnação em uma prova de tal natureza, ou ao menos satisfaz-se em attenuar-lhe a sua força. Assim vemos a prova *por indiciós* proscrĩpta na Carolina art. 22. Assim fazem as legislações.que proscrevem a convicção! baseada na declaraçSo de uma testemunha singũlar, e a3 que decretao a incapacidade de certos individuos como testemunhas. Tem-se visto meninos de onze annos, com espirito bastante desenvolvido, e cujas palavras sao reconhecidas como

verdadeiras, a não.ijo de por, ellas dever Q juiz, fieja elle quai fôr, pranimçiar uma sentença çondeninatória ; mas este caso é extraordinario, e como alei não se préocupa.prinoipalmente senão do que acontece communmente, ella obra judiciosamente, classificando os nieninos entre os incapazes. Já tiyemos oceasiâp de demonstrar mais de uma vez os inconvenientes de unaa demasiada extensao das categorias de testemnnlias incapazes ou suspeitas ; poisque liaveria excesso de circunspecção da parte do legislador, que se privaria gratuitamente dos meios certos de crear a convicção,no caso era que osjuizes obedecessem fielmente as suas prescrições. Estas consideraes pore m serão mais desenvol vidas, quando tratarmos da prova testemunhal. Encerrando-se o legislador dentro destes limites, que estabelecemos, não se deixando desgarrar pela opinão. eraonea, de que é possível traçar para todos os casos regras précisas, a eujp exame os juizes devem entregar-se, e encadear completamente a liberdade das suas apreciações ; não se pode negar que elle faz uma obra util e mesmo necessaria, construindo um systema légal da prova, sempre que attribuir a um tribunal de juizes regulares a façuldade de proferir a sentença. Mas corao consequencia dos principios por nós expostos, estes juizes | não podem decidir definitivamente das accusaçOes dirigidas) contra oscidadaos, sem dar contas dos motivos dasua sentença; da mesma sorte é im possível que um s6 *colley io* possa conhecer da causa um ultima instancia ; a ordem das cousas requer que os motivos, que em materia civil militao a favor do systema da appellação (5), adquirao uma dupla gravidade em materia criminal. Deve ser permittido a todo o condemnado recorrer a um tribunal superior, e submetter a decisao final do processo ao exame de novos juizes, que tem de tomar co-

(5) Vide a obra do autor intitulada : *Processo allemGo conforme o direito commun\* civil*, Bonn. 1832. pag. 2^\_\_ AMmSta I

nhecimento e r  ver a causa. A exposição dos motivos do julgamento, e a faculdad   de appellar, eis os caract  res inseparaveis da jurisdição r  gular. A necessidade de uma theori  a legal da prova ainda se demonstra pelo seguinte: pela exposição dos motivos os juizes declarao que, proferindo a sentença, tomarao por guias s  mente a justiça e os seus deveres ; que, em relação ao ponto de facto, ha certeza adquirida ; ora a lei, regulando a prova, nao faz senão traçar preceitos, que podem ser denominados a pedra de toque da certeza, cuja existencia se trata precisamente de verificar. Com taes regras as delibera  oes dos magistrados adquirem uma base solida ; desde que o juiz sabe que tem dedar contas, nao se deve temer a leviandade de espirito, e os preconceitos. Nisso tambem lucra a sociedade, que pode comparar a sentença com os seus motivos, e qualquer p  de examinar se aquella    justificada por estes, e assim se da satisfação    opiniao publica ; mas    o occusado, (on o seu defensor por elle) quem tira a maior vantagem ; os motivos do julgamento fazem-lhe primeiro conhecer que provas influirao mais fortemente no juiz (6), ou em que ponto as suas justificações forão consideradas insuficientes. Em caso de appellação    lhe entao facil dar-lhes melhor^e mais efficaz direcção,e corrobora-lascom novas provas. Muitas vezes o accusado calla-se sobre o depoimento de uma testemunha da accusação, porque .suppoe, que os autos demonstao sufficientemente, que ella merece pouco credito. Mas quando elle v   que o tribunal deu-lhe f  , pode na appellação demonstrar a sua falsidade por provas decisivas. Pode tambem addusir em sua defesa novas provas, que por negligencia deixou de apresentar na primeira instancia, crendo ter apresentado sumcientes, mas que a sentença mostra depols que elle se tinha enganado. Os motivos do julgamento podem pois tambem influir na

(6) Grandaucr, *Ensaio da Legislação, publicad'is par Zurhcin*, vol. 2 p.169.

manifestação da verdade material. Em resumo, a theoria légal tem por consequencia immediata a demonstração dos motivos da sentença, que é causa importante ; donde é mister concluir que, dando à prova regras prudentemente concebidas, a lei segue o melhor caminho em relação ao fim do processo criminal. (7) (\*)

(7) Sobre a utilidade de um systema légal da prova, vide a obra do autor intitulada : *Da administração da justiça criminal por meio do debate oral e publico*. Landshtut, 1810, p. 33 ; Feuerbach, *Considerações sobre o jury*, p. 140 ; Jarke. *Revista et Hitigig*. n. 19, p. 147 ; Zum Bach, *Considérations*, p. 339.— Vide Hinsberg. *Recordações sobre os dois projectos do código bavaro de 1831*, p. 94 ; Abegg, *Tratado do Procès, crim., conforme o dir. commun*, Kœnisberg. 1829. p. 145.—Mas o mais habil, e o mais ardente defensor da theoria légal é Carmignani no seu livro : *Delle leggi della sicurezza* t. 4. p. 80 e 200.

(\*) O autor actualmente mais persuadido está de que, se se persiste em repellir o jury, e em attribuir a sentença a juizes regulares, é preciso, para ser consequente, instituir uma theoria légal da prova. É impossivel autorisar um tribunal, composto ordinariamente do pequeno número de juizes, a seguir somente a sua intima convicção sem a obrigação de enunciar os seus motivos. Entretanto assim se pratica na Sardenha, e na Toscana desde 1838 ; mas todos, tanto as pessoas letradas, como as não letradas, tanto o povo como os jurisconsultes, clamão contra um tal systema. Não é possivel dar plena fé sem condições a juizes, que não possuem as garantias, que tornão o juiz tão popular ; não se sabe, e quer-se saber que motivos determinante a sua convicção. A theoria das provas, como a comprehendemos, e como a comprehendão os autores das nossas leis citadas de Wurtemberg e do ducado de Baden, não deve ser confundida em a *antiga theoria das provas legais* (a que Faustius Helie *Tratado da instrução criminal*. t. 1 p. 649, sabiamente discreve) : esta obrigava o juiz a considerai os factos como certos e demonstrados, desde que tivesse certas condições legais : ella se desenvolvia em um circulo de numerosos preceitos, e se esforçava, mas em vão, de comprehender nas suas formulaes dictadas de antemão a infinita variedade. as multiplas combinações dos incidentes da vida. Em nosso pensamento, a theoria da prova tem simplesmente por objecto determinar o arbitrio do juiz limites, que salvaguardem a innocencia, são *prohiber a condenação* quando falem estas ou aquellas condições ; mas não obriga o juiz a aceitar a seu pesar os factos como certos ; porque ainda quando lhe pareçam perfeitamente preenchidas as formalidades da lei, pode sem pie absolver, se a sua convicção não se formar plena e inteiramente. Não obstante, se se quer estudar as regras incriptas nas recentes legislações da Allemanha, vê-se as concebidas em termos tão geraes, tão amplos, que na realidade deixão de ter alcance e effeicacia ; porque a pesar dellas o juiz fica sempre o arbitro da sua convicção : e além disso o legislador "jamais pode prever todos os casos. É por isso que na Allemanha o systema moderno da prova légal perde sectarios todos os dias, e por parecer impossivel organisa-la de um modo completamente efficaz, os sabios, em número maior hoje do que nunca, clamão pela instituição do jury.

(Nota manuscrita do autor.)



## CAPITULO XI

EXAME DA THEORIA DA PROVA SEGUNDO O PROJECTO BAVARO  
DE 1831

Em outro lugar ( cap. IX ) fallámos de um systema mixto, de uma especie de meio termo adoptado pelo novo projecto doCodigo bavaro (de 1831 ). Este projecto institue um tribunal composta de nove juizes regulares, dos quaes cinco devem julgar do facto, e quatro de direito. As convicções dos primeiros nao estao sujeitas a regra alguma de prova; à excepção sô-mente de dous casos, em que sao-lhes traçados limites.

Três idéas fundamentaes apparecem neste systema :

1.º Afim de prévenir os inconvenientes de uma theoria légal, autorisa-se aos juizes regulares a seguirem sô-mente as suas convicções.

2.º Introduz-se uma apparencia do jury, separando-se a decisao sobre o facto da sobre o direito.

3.\* Entretanto o projecto érige uma especie de theoria negativa da prova, quando, para éviter o perigo do demasiado arbitrio deixado ao juiz, proscree qualquer condemnação baseada no depoimento de uma testemunha singular.

Nada disto tem justincação ; cedeo-se ao funesto -desejo de dar razao a todos os systemas, confundindo uns com os outros; mas esta tentativa teve a sorte ordinaria de todas as meias medidas ; nao satisfez a ninguem. Esta combinação de elementos heterogeneos nao pôde além disso deixar de causar numerosos inconvenientes. Mais adiante demonstraremos o inconveniente da sentença emanada de juizes regulares com a faculdade de decidir conforme» sua intima convicção. Mas em primeiro lugar diremos, que ha grave erro em considerar como um melhora-mento, o ter-se confiado a cinco juizes à decisao sobre o facto: —estes cinco jui-zes nunca poderao dar as garantias politicas,

que se encontr&o no *jttêf* (T), são *pseudos jurados* (2) que o acusado n&to tem direito de recusar. Sendo o seu número t&o restricto, três votes bastao para constituir raaioria, e h sua sentença toma-se irrevogavel.porque a *appellac&o* é proscripta. Depois, porquenao seconfiou adecis&o,tanto sobre o facto,como sobre o direito,a estescinco juizes, que reúnem as mesmas capacidades que os quatro juizes de direito. não existindo em relac&So a elles os roesmos motivos, que militarao para se attribuir aos jurados somente a decisao do facto'? Ninguém o poderia dizer (3).. N&to creia o legislador que o seu systeraa possa tornar-se popular, e que os bavaros supponlião possuir um jury apert'ei-coado. .

A theoria negativa, sobre a quai ja dissemos alguma cousa, é tambem pouco sustentavel (4). O projecto /art. 168) prohibe a condemnação b&seada em uma con&ss&o, *que não tiver sido feila solemnemente na audiencia*, ou que n&fo for corroborada por outros meios de prova (4 bis): quai o alcance da palavra *solemnemente* ? A disposição da lei em sua totalidade é concebida.em termos tao pouco pr&cisos, que n&to se sabe como firmar o seu exacte sentido. A confiss&to sera- sufficientemente corroborada, quando as circumstancias, que relata, nao são contrariadas pelas outras provas ? os simples indicios serao considerados como taes? Como se vê, somente a apreciação do juiz podera decidir a questao de saber, se a confissao é,ou nao, corroborada por outras provas.

A lei n&so permite dar-se fe ao depoimento de uma testemunha singular, que nao for corroborado por qualquer outra prova. Neste ponto ainda apparecem novas difficuldades. A

(1) Vide o nosso >riigo nos *Arch. do Dit. Crié.* 18, p. 126 o saguintes.

(2) *Afttryeschworne*.assim os chanta M- de Hinsberg nas suas *Recordat&es* (vide a nota setitna do capitulo pr&cedente),% 4

fi) Vide o arfcigo do autor na collecção citada. nota 1, p. 131. tit. 18. (D Vide o inesmo artigo. p. 134.

que testemunha se réfère \*? Como entender o apoio das outras provas ? Bastará que o depoimento concorde simplesmente com *alguns indícios, ou com uma confissão extra-judicial* ?

Em resumo, o legislador não é conséquente, porque não obstante ter resolvido encadear o livre arbitrio do juiz, todavia não o faz senão em dous únicos casos, deixando-o completamente livre nos outros; de sorte que pôde acontecer, que simples indícios, ou depoimentos de testemunhas com razão suspeitas, sirvão de base a uma condenação. E foi em vão que se quis dar garantias a defesa, concedendo-lhe a acção de nullidade por violação do art. 168 (5). É certo que quasi sempre não se ter lugar este recurso ; será sempre fácil provar que a confissão ou o depoimento das testemunhas não forão devidamente corroborados, que a confissão foi retractada, ou que esta inquinada de algum vício. De sorte que, na realidade, os pretendidos juizes de direito a maior parte das vezes julgarão sobre os factos ; e como a sua missão não é apreciar logo desde o principio, poderá acontecer que não tenham prestado uma firme attenção à exposição dos seus desenvolvimento no curso do processo, e no entanto sobre elles venhão a proferir decisão, por este meio mediato. Pondo de parte as despesas consideráveis que causará tal systema, bastará fazê-lo funcionar um momento, para que appareça a toda a luz a sua natureza hybrida, a sua lentidão e seus defeitos (6)

(4 bis) Vide a nota 4, cap. 9, onde reproduzimos o proprio texto do art. 168,

(5) M. de Hinsberg, I, c. p. 7, demonstra perfeitamente que esta acção de nullidade não aproveita muito ao accusado.

(6) Dreseh, *Archivos du Legislaço moderna*, publicados por Muller, tit. I. liv. 3, p. 476. Este autor combate muito judiciosamente o systema bavaro.

## CAPITULO XII

### EXAME DO SYSTEMA SESUIDO NOS PAIZES BAIXOS EM CONSEQUEN- CE DA PROMULGAÇÃO DA ORDENAÇÃO CRIMINAL DE 1830

Já fallamos ( cap, IX ) da ordenação criminal neerlandeza, e dos caractères especiaes que a distinguem : tambem nesta o legislador esforçou-se em reunir as vantagens inhérentes ao jury, e os résultantes da theoria légal; e nao obstante estabelecer regras de prova, as quaes os juizes regulares sao obrigados a obedecer, todavia nao os obriga a condemnar senão quando a sua convicção for completamente neste sentido.

Mas, tratando-se de determinar o sentido das prèscrições desta ordenação, vemos surgir inevitaveis difficuldades ; séria a intenção do legislador, que o juiz nao fosse sempre e irrevogavelmente ligado pela existencia de certas provas reconhecidas pela lei; (1) que nao fosse rigorosamente obrigado a condemnar, ainda havendo o depoimento de duas testemunhas ; ou pelo contrario séria a sua intenção instruil-o, que lhe é preciso antes de tudo examina r, se a sua convicção é compléta, isto é, se o concurso de toclas as circumstancias torna verosimeis, e concordantes os resultados fornecidos pela prova? Se foi isto o que o legislador teveera vista, deve-se concluir, que nenhuma differença existe entre o seu systema, e o da theoria légal usada na Allemanha ; porque na-Allemanha tambem o juiz nao é escravo das regras estabelecidas pela lei em materia de prova ; pois que tambem não é obrigado a condemnar pelo depoimento de duas testemunhas, sendo necessario além disso que a harmonia compléta das suas declarações, que a verosimilhança dos seus depoimentos venhao corroborer as outras circumstancias estabelecidas, e demonstrem claramente que

(1) Contra este systema da ordenação em questSo, vide oart. do antor nos novos *Arch.* precitados. tit. 12. p. 491.

merecem plena fé ; e sô entao é que o juiz condemna. Comprehendida neste sentido a ordenação criminal hollandeza não contem systema algum novo (2),

A intenção do legislador seria ir mais longe, e decretar que, mesmo no caso em que os factos se tornassem certos, conforme o critérium légal, o juiz tem o direito não obstante<sup>1</sup> de os considerar como incertos, quando as suas convicções como homem não concorde inteiramente com os resultados factuais das provas, e fosse o caso de absolver, se fosse jurado " ? Se este " é o verdadeiro sentido da lei, a segunda parte da disposição annulla a primeira ; pois que desde que se diz que o juiz deve antes de tudo estar inteiramente convencido, deixa de ser juiz, e torna-se jurado ; somente a sua consciencia toma-se o arbitro da sentença, não podendo declarar culpado o accusado, se restar ainda a dúvida no seu espirito, ainda que plenamente probatorias sejam as provas. Como não é de uso declarar os motivos da intima convicção, basta uma simples declaração no tribunal das deliberações ; basta dizer:—*Eu não estou convencido*; para a condenação tornar impossível. Ora é fora de dúvida, para qualquer magistrado, que lavar alguma pratica dos tribunales de justiça, que uma ligeira dúvida pôde subsistir muitas vezes, mesmo no caso em que qualquer magistrado prudente considere a certeza como adquirida nos termos das regras das provas as mais severas: Assim é, que em uma especie, não se pôde bem comprehender como o accusado, sendo pequeno e fraco, pode praticar um acto, que exigia, uma grande força phisica ; em outra, ■ não se pôde perfeitamente

(3) Existem dissertações interessantes sobre as prescrições contidas nos projectos de lei anteriores sobre a prova, e sobre as regras da prova. Vide principalmente Eappard, *Observações sobre o projecto do Código Crim.*, cap. 1, p. 30; Den Tex. *Observações sobre o projecto do Código Crim.* cap. 4, p. 417, et.

\*\*, »7

explicar, como o acusado, condemnando-se a si próprio pela sua confissão, se houve para consumir o crime de incêndio. No sistema, de que tratamos, uma tal dúvida é suficiente para autorizar o juiz a negar o **seu** voto para a condenação e quando se considera que as regras de prova em toda a legislação judiciosamente concebida são o producto da experiência e do boni sensu applicados à investigação da verdade, parece extraordinário que o juiz, por causa de uma simples dúvida, tenha o direito de nullificar os resultados fornecidos por estas mesmas regras, e que se tenha assim querido reunir dois elementos inconciliáveis, a obediência à theoria legal, a a liberdade de apreciação do jury.

Nos termos desta mesma ordenação, ao lado dos motivos da sentença de condenação, e -além dos fundamentos, que não são senão a applicação das regras da prova, deve ser declarado) *que os juizes estão intimamente convencidos da culpabilidade do indiciado*; donde se segue que, se alguns são de opinião contrária, disso se deve com cuidado fazer menção". Ora, como não será desagradável a impressão feita sobre o publico ! Como não tomará corpo a desconfiança, quando a sentença demonstrar, que não foi proferida senão por simples maioria !

Em resumo, a ordenação criminal da Hollanda não constitue, nem garantias novas quanto à verdade dos julgamentos, nem melhoramentos reais quanto à jurisdição.

### CAPITULO XIII

#### 1) O JURY EM SUAS RELAÇÕES COM O SISTEMA 1) AS PROVAS LEGAIS

As repetidas objecções (vide mais acima, cap. VIII), oppositas à theoria legal da prova, impressionarão os espiritos modernamente, e augmentarão a phalange dos partidistas exclusives do jury. Pareceo-lhes sempre vêr a verdade surgir triumpante perante o jury, mesmo fazendo abstracção das suas van-

tagens politicas, e considerando-o sômente aob o ponto de vista do crîminalista. No jury a certeza nao reconhece outras regras além das ordinarias, e nao é embaraçada na rêde de prescripções legaes, que, sômente pela falta de uma das for-malidades, de uma das condições legaea, impõe no juiz uma sentença de absolviç&o contra a quai se révolta a consciencia ; é que causa grave damne- A sociedade, concedendo a imptini-dade a verdadeiros culpados.

Se bem que, conforme o piano deste livre, nfto tenhamos, relativamente ao jury, senao uma questflo a resoïver', a de saber, se, por nao estar adstricto a prova légal, merece a preferencia sobre a instituicao dos juizes regulares, e se é melhor, e com mais segurança apto para a investigação da verdade"-, lodavia é-nos preciso examinar com cuidado a sua conslituicao interior, para podermos dar uma solução.

E' sabido que os caractères especiaes do jury (1) resultao do seguinte : 1.," de serein para cada causa tirados de entre o povo os cidadaos ebamados a jnlgar : 2.º de nao serem estes cida-dãos senao juizes de facto : 3.º de nao serem obrigados a moti-var a sua sentence, visto estarem livres de todas as regrn - de prova légal, enão obedecerem senao a sua conviecao pessoal ; | 4.º de que os jurados pôdem parecer juizes da livre escolba do accusado por ter este o mais amplo direito de recusação.

Os adversarios do jury nao possuem argumentas fortes para t» combater sériamente.Examinemos summariamente as suas objeeções (2).

(1) Littérature do jury. Vide o mou *Procès. Crim. Comp.*, lit. 1, **cap.** 44» notas 1, 2, e 3, -

(2) Oitaremos principatmento Feuorbach, **nas** suas *Consideraçdes sobre o o jury*, Landshui, 1813; omesmo nas *Considérasses sobre awublicidade dos débites, e sobre o débat» oral*, **part.** 2, p. 420—491.—Sparr Wangenstein no seu livro *Sobre o jury*, Leipzig, 1849; Mezard, *do Principio conserva-do r, etc.*, Paris, 1820. Os au tores ci tados no meu *Proe. Crim.*, Ut. 1. cap. 44, nota 3. a respeito da introduecão do jury no paiz de **Vand**; Bentham, *da organisacân judiciaria* p. 225. Vide Den-Tex, nos sens *JSnsaios de Jurisprudencia*, 1829, liv. 4. p. 287—847; emflm Garmignani, 14. p. 28,242 e 297.

1.º Sendo designados somente pelo acaso os jurados, que devem julgar cada causa, é muito possível que a sorte désigne doze indivíduos sem cultura intelectual, e inhábéis para as suas novas funções; muitos podem mesmo ser fracos de espírito. Ora, poder-se-ha pensar em tal eventualidade sem trazer com a ideia dos perigos que correrá a sociedade, assim como a inocência de um acusado sua culpa?

2.º Não sendo os jurados adstrictos a regra alguma, e não tendo contas a dar, não pôde acontecer, que por uma finesta confusão se dêem a arrastar segundo a disposição momentânea do seu espírito, como se houvesse prova feita na causa, e que, ora iludidos pelos gestos hypocritas do acusado, ora irritados pela sua postura altiva, somente obedeam as suas impressões interiores, e no primeiro caso absolvam o culpado, e no segundo condemnem o inocente?

3.º Quantas vezes não se tem visto dois ou três indivíduos importantes e bem fallantes impur a uma assembléa inteira?

Pois bem! Não poderá acontecer a mesma cousa em um tribunal de jurados, e o seu voto, expressão de uma pretendida maioria, não será muitas vezes o resultado da influencia nelles exercida pelas phrases de alguns discursadores?

4.º Dispensai- os jurados de consignar na sua sentença os motivos da sua decisão é pôr-lhes nas mãos uma arma terrível; uma obstinação de ideias (3) algumas vezes extravagantes, em um; a leviandade de espírito e o odio, era outro; a paixão em um terceiro, eis frequentemente os motivos das suas opiniões; e como nenhum delles é obrigado a expôr as razões delias, segue-se que não pôde haver deliberação verdadeira, apreciação amplamente feita, e maduramente pesada. Por consequencia nada ha mais que garantir a consciencia do exame, nem a justiça do julgamento.

(3) Oitei os exemplos desta obstinação de ideias e dos seus effeitos funestos na minha *Revista de Legislação estrangeira*, t. 5, p. 495.



5." A sentença do jury é proférída sera rectirso; novo motivo de perigo para a sociedade e para a innocencia ; o condemnado vê-se privado dos reeursos ordinarios, cnjo effeito séria sub-raetter a causa ao exame de outros juizes.

6.» A experiencia, e sobretudo em França, nao é favoravel ao jury (4). Os jurados, diz-se, em lugar de decidirein ' «informe a sua consciencia, e conforme o' pfovado na causa, entresrao-se a longos raciocinios sobre o rîgor das penas ins-cryptas nas leis; e, sob o pretexto da sua *omnipolencia'*(&), sob a capa immoral de litn piedoso perjuriô, absolvem o accu-sado culpado, que confessa o'crime, 8ô pelaVazão de acharem a pena dura de mais.

1." A pretendida separação entre Q ponto de facto e o de direito. a distin'ção entre juizes ejurados, basetao preconisada de suas mutuas relações, no dizer dos adversarios do jury, é muitas vezes iĩusoriâ (6), porque a maior parte das pretendi-das questoês de facto, que sSo siibmettidas ao jury, nao contem senflo pontos de direito. Àssim, a sentença que déclara o accu-sado culpado de falsidade, de furto. ou de tentative de roubo, encerra ao raesmo tempo tairibem uma sentença sobre o direito, porque é a lei sômente que détermína os caractères m ateriaes \*da falsidade jiiridica, do roubo e da tentàtiva punivei. Ora, quaiido o juiz ordinario e formado tem necessidade de empregar toda a sua intelligencia, todas as suas luzes especiaes, todos os'sôus conbecimentôs praticôs, par poder dar a taes questoês a me-lhor solução, poderá esta serdada por Um simples jurado, que

.4) Pôde-se consultai- a respeito um livro publicado em Berlim em 1819, e intitulado *Juizos notaveis 'sobre ojury feitos pelos jurisconsultes fronceses*.

(5) Vide sobre este assumpto os autores citados no meu *Proc. Crim.* cap. 44. Van-den-Tex, l. c, p. 804,

(6) Van-Feurbach, *Consideraçdet. é, &*, p. 201 ; Mezard» *do l'incipio. &*, p. 100. "fciV À

nem se quer sabe o que é a sciencia das leis, que se vê isolado com a sua inesperienza, perante uma tal sentença a pronunciar? Em matéria de imprensa é impossível separar o «facto do direito *fly*, a derrogação do jury diz respeito tanto à existencia do direito, como aos caracteres jurídicos do facto:—citar a forma gerai usada na França e na Ingln terra (*non coupable, nti f/uUly*) é quanto basta para provar, que a sua sentença comprehende, não só a criminalidade do facto, como a sua materialidade.

8.º Nas épocas de commoções politicas, quando «s partes estão presentes, o jury é um tribunal de terror; perdido está o infeliz que tem por juizes um tribunal composto dos seus adversarios politicos. De que lhe serveria recusar alguns delictes, se contra elle se levanta em massa o partido? Os jurados sempre se deixam levar para onde os arrastam, o espirito das paixões populares, e os clamores das folhas publicas; portanto não se pôde esperar delictes uma decisão imparcial. De outro lado, se o governo é poderoso e energico, o jury, e mais facilmente do que os juizes regulares, soffrerá a sua influencia.

9.º Finalmente mesmo na pratica existe perigo, que não p'le ser evitado pelos esforços do legislador, ainda que fortes e varia dos sejam. Com que maior devida deverá ser proferida a sentença? Ha sem duvida grandes difficuldades em resolver este problême. Será bastante a simples maioria? mas isto parece pouco razoavel (8). Dever-se-ha exigir a unanimidade? Mas não se ha de querer certamente recommençar triste experiencia, que fez a Inglaterra, onde basta que um jurado tenha o espirito obstinado e extravagante, e que seja mais robusto e mais capaz do que os seus collèges de resistir é. fôrça e à sede, para obrigar-os todos a votar contra a sua convicção; e, vencidos pela

(7) Vide a este respeito o meu *l'roc. Crim. t. 2*, cap. 195.

(8) Vide o *Troc. Crim. comp.*, t. 2, cap. 190—196.

sua funesta pertinacia, a absolver ura culpado, afin» de se livrarem da situação penosa, a. que os. condemna a sua divergencia.

Eis as objecções em toda a sua força. Serão ellas de natureza a arrastar a opinião do observador sagaz e attenta? Não o cremos; porque ellas conduzem ao erro, e o que terá de especioso su nos deve excitar a examinarmos com mais puidado, se os vícios attribuidos ao jury são inherentes à sua natureza, ou se derivão antes da sua organização defeituosa em certos paizes; se esta instituição admite garantias importantes, de que carecem as jurisdições regulares, e se é mais apta do que qual-quer outra para conciliar a confiança publica na equidade das sentenças. Pois bñi ! Não é possível contestar-lhe por um só momento a vantagem de taes garantias.

1." Ao passo que os juizes ordinarios, algumas vezes bem indifferentes à opinião dos seus concidadãos, frequentemente mais sollicitos do interesse do seu accesso, esforçando-se em conquistar o favor daqueles, dos quaes depende a sua propria fortuna, e a dos seus parentes, se aobertao com as suas funções,. se collocao ao abrigo de qualquer censura publica, e nada tem que temer das consequências de uma sentença fallitel; pelo contrario os jurados contraem uma immensa responsabilidade moral para com um juiz soberano, e incorruptivel, para com a opinião do paiz. Basta river em um paiz, em que vigoia o jury, para saber que por toda a parte resoEo as suas sentenças ;e quando, encerrada a audiencia, o jurado entra no seio do povo, acha-se desde logo perante a critica gérai; ninguem lhe poupa a sua censura, sendo caso disse, e a reprovação publica pôde-o ferir mui diversamente das censuras, queo juiz ordinario poderia soffrer dos seus superiores; elle o sabe, e por isso mesmo assiste aos debates com muito mais conscienciosa e continuada attenção.

2." O juiz regular pôde interessar-se mediocrementemente pelo

bem estar do paiz; tendo certo o se» ordenado, nao tem interesse immèdiatô na efficacia das sentenças penaes; mas os jurados, quando a instituicao funciona por um mecanismo felizmente combinado, comprehendem o seu interesse directe e pessoal ua equidade das decisses. Sendo parte intègrante da sociedade, e achando-se ainda a ella ligados pelo laço da propriedade, devem desejar a manutençao da ordero social, e do respeito devidô à lei pénal ; comprehendem as consequencias da impunidade dos crimes, e é a sua propria segurança, que elles garantem, qnandocomo seu voto invperativo fazem cahir sobre o culpado todos os rigores da pena. Ao mesrao tempo, porém, preocupao-se muito cbnf as eonsiderações dévidas à liberdade individual, e como muito bem sabem, que offendel-a, é levantar uma ameaça sobre as suas proprias cabeças, o seu intéresse capital exige que, a sua pena nuncafira o innocente.

3-º O juiz ordiuario, como reconhecem os adversarios do jury (9),: estando pelos sens trabalhos e vocação mais em communição diaria com os livros xlo que com os homens, acaba por adquirir certas siogularidades de character, que parteci-pao de systemas exclusivos ; por isso acoutece algumas vezes comprehender elle mal as particularidades intimas 4a vida, e as experienciàs, por serem raramente colfaidas, nao podemdiri-gil-o para julgar com segurança do valor das provas produzidas, como, era de espèrar. Pelo contrario os jurados, que todos os dias vivem em relações continuas com os seusconci-dadaos, e a cada instante registrao as lições da experiencia, estao mais noscasos dedecidir dos factos e das, circumstancias, que a vida quotidiana offerece à sua apreciação. (Tomemos por exemple o caso, em que se tratasse de précisât até que ponto poder-se-hia dar credito a uma testemunha já condemnada

(9) Cannignau, t. 4, p. 308.

criminalmente, ou de decidir, se um homem muito jovem possui o discernimento suficiente. )

4.º Os nossos adversários do jurado são obrigados a reconhecer o J. O. J., que era matéria política deve ser com mais vantagem confiada ao júri a decisão sobre os factos, e que este pôde dizer melhor do que os juizes ordinarios, se tal acto imputado como crime constitue uma aggressão hostil contra o poder, ou se nada mais é do que o exercicio legitimo do direito constitucional. Em tais actos não serão quasi invisíveis os limites, além dos quaes começa a criminalidade? Uma critica dos abusos do poder audaz, e energica, pela verdade e pela vivacidade das cores, o facto de reunir assignaturas de cidadãos em uma petição, a resistencia legal opposta à illegalidade, tudo isso pôde parecer uma aggressão real contra o poder aos olhos do juiz, que, estranho muitas vezes aos movimentos da vida exterior, agita-se inquieto no fundo do seu gabinete de trabalho, e qualifica os actos daquella segundo a letra inflexivel da lei; enquanto que os jurados, vivendo fóra sob a égide de uma constituição no meio das livres manifestações da opinião publica, apreciarão mais judiciosamente os factos e nelles não verão senão o exercicio das franquias cívicas (11). Depois, é mister dizel-o, em tais matérias não é, nem no *Corpus juris*, nem nos Codigos criminaes que poderão ser encontrados os dados e os elementos de um julgamento equitativo proferido com conhecimento de Causa. A preferencia, que aqui obtem o júri, deverá ainda ser applicada a todos os delictos da imprensa (12), e de injurias em geral; porque os jurados, melhor do que os juizes ordinarios, poderão reconhecer a offensa causada a honra do que-

(10) Carmignani, t. 4, p. 365.

(11) Por isso na França e nos Paizes Baixos a competência do júri se estende a todos os negocios politicos, mesmo quando a pena não é criminal, e quando delles só devem conhecer os tribunaes correccionaes.

(12) Foi o que fez o projecto da lei Bavara sobre a imprensa (de 1831).

xoso e a intencionnlidade do delicto. Em taes causas a sentença deve aer como que a expressao da opiniao (13), para conquistar a approvaçap gérai e a estima popular; sem o que, nada tera ganho o queixoso com ter obtido uma condemnação ; s&o os concidadaos, que pronunciao o verdadeiro julgamento em negocios de honra; o jury, quando pronuucia, nao é maU do que o seu orgao, e séria difficil que o povo reconhecesse a sua voz ua de alguns jurisconsultes.

5." Muito poucos membros compOem o tribunal cri minai ordinario ; o do jury é mais numeroso (14j, e o seu número é **mais** uma garantia, que atrahe para a sua sentença a confi-ança gérai. Admittamos (o que ô raro; que seja necessario o número de sete juizes para completar ura tribunal criminal, quatro votos forBo a maioria e vencerao a condemnação. Mas quando se considéra que o jury é formado de doze membros, que na Inglaterra devem ser unanimes, e que na França deve ter a maioria de 7 votos (14 bis) no *minimum* para a con-demnaç&o, comprelende-se faciroente, que **uma** sentença de culpabilidade proferida por 12 ou 7 votos satisfaça melhor as susceptibilidades publicas,do que se 4 juizes somente tivessem votado. Finalmente, como já, se demostrou, os juizes decidem do mesmo modo que os jurados em muitos pontos especiaes em materia de prova, taes como a fé dévida as testemunhas, a concordanci» dos seus depoimentos, &, & ; porém quanto maior for o número de votos, tanto mais augmentará a confi-ança publica, porque é proprio do bornera darmais autoridade À unanimidade do maior número de votantes.

(13) "Vide uni artigo do autor nos *Atehivos novos* (AIL), t. 13, p. 280.

(14) E' nm ponto concedido por Hinsberg, *Recordaçdes*. pag. 5.

(14 bis) O Oodigo da iust. crim. de 1808, **Art.** 34(5, exigia a simples maioria.— Este artigo foi revislo em 1882, e derogado no sentido de se exigir a maioria de mais de 7 votos; mas em 9 de Setembro de 1835 foi pformulgadaj umalei, que resta beleeeu o principio anterior da maioria simples.

6." Esta autoridade augmenta-se ainda, quando se considéra, que o accusado em relação aos jurados exerce um direito de recusação inuito mais extenso do que em relação a um tribunal ordinário (1b). O juiz regular pôde também ser recusado, mas não o pôde ser senão nos casos previstos pela lei, e por motivos previamente articulados. Ora, um tal direito de recusação não é suficiente : muitas vezes o accusado tem vagos motivos de pensar que este, ou aquelle juiz, está mal intencionado o seu respeito; sabe por exemplo que a filha de affeição é-| istem entre o seu adversario e o juiz A.; que este pediu a mão da filha (laquelle; que o juiz B. jamais lhe perdoara certa rixa, por velha que seja; e no entanto nada disto pôde fazer valer, se não lhe é possível articular, e provar os motivos de recusação, que a lei previo. E não se diga que um juiz honesto não se deixa dominar por tais influencias; porque jamais se desprezará completamente da fraqueza humana; e nas numerosas especies, em que a vida o conserva indeciso entre duas opinioes, se não grada seu certa? paixoes pequeninas o assaltam, inclina-se do lado mais favoravel ao accusado, acreditando, na melhor fé do mundo, na lealdade de suas proprias convicções. Principalmente nas causas politicas suas opinioes, suas preferencias de partido, exercera em seu espirito uma immensa influencia. O accusado sabe que não pôde esperar a absolvição de um homem inquieto e devotado ao poder ; e no entanto não o pôde recusar senão no caso muito raro em que a lei admite os motivos que elle articula. Como é superior a sua posição, quanto a este mesmo direito de recusação, quando o exerce em relação aos jurados ! Portante (e este é o resultado da lei, que for judiciousa, nesta materia), aquelles que não forera recusados, apparecem como verdadeiros juizes, cuja decisão futura é com confiança, e livremente aceita. Quanto ao povo, sua fé na equidade dos

(15) Vide o meu *Proc. Crim. comp.* t. I, cap. 30.

juulgamentos torna-se plena e inteira, logo que o tribunal lhe parece iraparcial. Ora desde que o accusado por essa forma escolheu por si proprio os sens juizes, estes parecem dotados no mais alto grão daquella imparcialidade tao desejada, e por isso a confiauça nao lhes pôde ser recusada.

Eis-ahi grandes e numeroaas vantagens ; mas, é preciso dizel-o, o seu effeito séria destruido, se a parte cultivada da nação (deixamos de proposito de lado, como nao teudo importancia alguma, as impressoes docoramum dopovo, dessa multidao facil a mover,e a cegar), se deixasse possuirde duvidas, e temesse\* que os jurados,libertados de todas as regras de prova, nao dessem ouvidos senao a voz do arbitrio seduzidos somente pelas apparencias, e sem dar contas à sua propria consciencia ( S j. Em conclusao, de todas as explicações précédentes collige-se que, no que toca à investigação da verdade, os jurados possuem certamente boa vontade ; mas do querer a poder vai grande distancia, e nao é fora de proposito indagar até que ponto as regras legaes da prova serião conciliaveis com a organisação do jury (16).

Taes regras parecem incompativeis com o systema seguido era França ; a lei nada diz a respeito, e a doutrina é igualmente muda. Quanto as simples instrucçOes que o Codigo encerra (.11), ellas tendem expressamente à regeição de todas as regras ordinariamente estabelacidas pela sciencia ; parecem autorisar os jurados a nao tomar por guia senao as impressQes intimas, mesmo mal definidas, e nao meditadas. Tal systema nao pôdejustificar-se aos nossos olhos ; e, apressamo-nos em

(16) Vide o meu artigo nos Noues *Arch. de dir. crim.*, 1.13, p. 2M.

(17) Codigo de instr. crim. **art. 342.**



dizel-o, foi o proprio legislador a primeira causa daa opiniões

erroneas recebidas no paiz, por ter transplantado para a França a constituição ingleza do jury (18) com incrível precipitação, e sobretudo por não lhe ter dado uma organização nem bem clara, e nem bem precisa. A maior parte imaginâo que a operação, pela qual o jurado se applica a discernir a verdade nos factos da accusação, era diversa daquella que serve de guia ao juiz ordinario; e entretanto vemos a lei na instrucção de que se trata, fallar da *impressão que fizerão as provas na razão dos jurados*. Ora dar-lhes assim a noção de examinar e pesa as provas, não era considerar esta apreciação como um trabalho de intelligencia? Demais o Código (19) estabeleceu certas restricções formaes, prohibio os depoimentos dos ascendentes, dos irmãos e irmaes, e afins e os mesmos graus, do marido e da mulher; estabeleceu também alguns preceitos, bastante incompletos, sobre o emprego dos diversos meios de prova.

Na Inglaterra, na patria do jury, o systema em vigor é preferivel, e realmente conforme à essencia das cousas. Certamente não se acharão na lei as regras tão frequentes, que se encontram na legislação allema; mas ao lado dos textos legais existe a *common law* (lei commum, não escripta) (20), que encerra um corpo de preceitos juridicos perfeitamente precisos, e fielmente seguidos pelos tribunaes; a *common law*, parte a mais preciosa talvez da legislação ingleza, que o povo conhece a fundo, e cuja observancia religiosa exige antes de tudo, e que vai-se aperfeiçoando todos os dias, graças as investigações

(18) M. de Golbery a este respeito consignou observações muito interessantes na *Revista de Jurisprudence estrangeira*, publicada pelo autor, t. 3,

(19) Código de instr. crim., art. 322.

(20) Vide o meu *Proc. Crim. comp.*, t. 1.,-jap. 21. § 9-

da sciencia, e à pratica judiciaria. Encerra nma verdadeira theoria de prova, aiialoga pelo fundo das idéas à usada na Allemanha, um corpo de regras espêciaes (*fuies*) estâturado SÉfbre todos os pontos essenciaes (21).

1." Assim determin&o ell'as quaes os méios do'prova, de que se pôde lançai" mao, quaes as testemtmhas, que pôdem, e quaes as que nao pôdem ser ouvidas, deixando aos jurados a faculdade de apveciâr o grao de credito, que lhes é devido (22),

2.º Organisai) o emprego dos diversos meios de prova, e dizem como as testeraunhas devem ser interrogadas.

3." Determinao as condições.sob as quaes a prova pôde fazer fê ; estabelecètn, por exemple, que • ama confissão deixa de ter valor sendo extorquida por promessas ou araeças (28).

4." Determinao as condiçSes, sob as quaes um titulo pôde fazer prova.

5." Referem-se final mente a considerações de ordem gérai, que devem sempre guiar o juia na apreciação das diversas nnturezas de prova (da artificial, por exemploj ('24.).

Pefcorrendo os escriptos de- Starkie, Philips e Bentham, vê-se, que todos elles adoptao regras de prova essencialmente semelh.ant.es as das leis allemaes; a unica differença, que as distingue, é que nao têm character absoluto ; a confissão por exemplo nao pôde fazer plena prova,, senão quando se yerificao estas ou aquellas condições, em quanto que na Inglaterra estas mesmas regras nao sao mais quasi sempre do que baltzas indi-

(21) Vide a minha dissertação *noa Arch, do clireito criminal* l. 12, p. 506. t. 18, p, 291.

(22) Por exemple : no caso de ser chamado um parente como testemunhn, vide Philips, *Tratado sobre a lei da prova*, t. 1, p. 874.

(23) Bussel, *Dos crimes e dos delictos*, t. 11, p. 644.

(24) A este respeito vide uma dissertação no *Lato Magazine*, n. 14, p. 348. V^ \*£

eando ao jury a sua marcha. A lei Ingleza offereee, sob Qufaro pontu de. vista, uma particularidade bem pronunciada: ,#«questoes, que se se suscitarem sobre aadmissaode tal gênera de prova, ou sobre a maior ou menor confiança, que deve ser concedida a tal prova viciada de irregularidade, sao consideradas simples pontos de direito f25j, ligando-ae intimamente com a lei da prova (*lato of évidence*), e cuja soluçSo é reservada sdmente aos juizes regulares. Por ieso vê-se frequentemente, no curso de um procea?o, o juiz decidir primeiro que esta ou aquella prova é applicavel â especie; e posteriormente os jurados acquiescerem religiosaménte a esta decisao. e seguir as suas consequencias. Outras vezes, depois de já ter 0 jury pronunciado, pôde surgir uni a grave questao de direito sobre" a mesina materia, a quai é logo defirida aos doze grandes juizes, cuja sentença pôde deflnitivamente revogar a propria decisao do jury, Uma multidao de escriptos, tornados populares, inculcao, e explicao aos jurados ihgle'zes todas estas regras da prova, transmittidas de século a seculo, celles sabera perfeitamenteque p6 éllas, e a lei da prova ém'gérai (*lato of évidence*) devem dirigir os sens vbtos.

O Codigo da prova [*Coâêof évidence*] redigido por M. Livin-1 gston (26,)foi concebido no mesmo espirito.e muito se enganaria quera pensasse, que esta obra legislativa tao notavel autorisa os jiiirados, abandoriados a si meâmos, a nao ooèdecere sênão as suas impressOes : além disso, 0 *Codigo do processo*, cujo autor é tambem M. Livingston, dà ao tribunal 0 direito de reenviar 0 jury a camara das suas délibéra çOes, se lhe parece ter elle violado a lei sobre a prova. ..

Estes exemplos indicao 0 verdadeiro systema a seguir<sup>1</sup>, e os preceitos a impôr aos jurados. Quizeramos pois que a les cri-

(SJB Vide algumas minuciosidâdes no meu *Proc. crim. comp.* p. 196.

(96) Vide o iirtiao mais desenvolvido do autor nos *Novo\* Arch. de dir, \ crim.* ■

rainai régulasse em tempo e lugar a admissSo dos diversos meios de prova, assm como o modo da sua administrae&o ; e contivesse instracçOes preciosas, que pudessem guiar a apreciação dos jurados rélativamente ao credito maior ou menor devido as provas produzidas na causa, instrucçOes emfim de natureza perfeitamente analoga à doutrina dos criminalistas ingleses. As regras dos Codigos da Àllemanha deveriao ser inscftptas na lei, mas modificadas no que ellas têm de abso-luto; as quaes,em lugar deligar os jurados ,sômentelhes recom-mendassem atenção. Pela fórmula do seu juramento os jura-dos deviao-se coraprometter a examinar as provas de confor-midade com asinstrucçOeslegaes,e basear asua decisao sômente no resuit ado deste exame. O texto da lei dévia ser mostrado a cada um délies. Entao existiriao nos debates uma especie de *medida da prova*,k quai se refeririao constantemente a accusa-sa&o e a defesa, invocando para ella toda a atenção dos jura-dos ; o présidente depois a recomraendaria a estes como guia do seu exame das provas produzidas, e finalmente os proprios jurados poderiao achar na sala das suas propriaa deliberaçoes, graças a ella, um ponte de apoio solido. Séria dar o golpe de morte ao funesto prejuizo,que quer que os jurados nunca devao seguir senSo as suas impressOes sômente; e à decisao proferida na forma, que acabamos de indicar, teria certaroente a seu favor toda a autoridade de uma sentença fundada em uma apreciação racional dos elementos da convieçao.

Do que précède concluimos que, para obter toda a effracia possivel, o jury deve reunir certas condições, cuja existencia em Franc\*, convém dizel-o, a lei nao garantio de mode algum.

Séria necessario : 1.º que a sua lei organica sô admittisse que délie fizesse parte os cidadãos reconhecidamente dotados de luzes sufficientes, e desejando sinceramente o bero estar

do paiz (27,). A posse de uma fortuna consideravel faz ordinariamente presumir os sentimentos de ordem e o vivo interesse pela causa publica; mas nao é essa a unica base, que se deve tomar, pois que ha classes de cidadãos que (fazendo-se abstracção de toda a consideração de fortuna ), aõ pela superioridade de sua educaçao dfto todas as garanti as desejaveis de capacidade, e podem com toda razao ser alistados. Se todos os nomes, que compoem a lista, sfto de individuos, que merecem a confiança publica, se a sua coroposiçao foi feita sôraente com as vistas do bem publico (38), finalmente se o direito de recusaçao foi amplo e liberalmente concedido ao accusado, pôde-se acreditar que os jurados designados para cada causa estSo sufficientemente habilitados para reconhecer e distinguir a verdade, e que devem ter vontade de o fazer, e de exprimir logo a sua sincera convicçfto: 2.ºjâ demonstramos a necessidade de dar instruceoes aos jurados em materia de prova, e toc&mos nos pontos essenciaes. Elias formariao a segunda das condiçOes requeridas para a boa organizaçao do jury, porque s6 ella pôde extirpar o funesto prejuizo de que os jurados tem a livre faculdade de nao cederem senfto as suas impressOes, aos seus caprichos, as suas inclinaçOes ; sô ellas p6dem garantir o exame, e a apreciaçao racional das ptovas. Ha engano, repetimo-lo, em cousidera-las impossiveis nos systemas do jury francez e inglez; na França, sob este ponto de vista, a instituiçao é sem duvida uma degeneraçao do typo originario, e pôde facilmente tornar-se a harmonisar com este ; na Inglaterra o jury tem sempre diante dosolhos as regras de prova fornecidas pela *common laic*, e sabemos que esta lei é sagrada da raesma sorte que a lei escripta. Além disso o jury, como qualquer outra ins-

(27) Vide a dissevtação do autor, *Arch. do dir. crim.* t. 18, p. 224.

(28) Vide a dissevtação na nota 87.

#

tituição, é susceptível de progresso e de aperfeiçoamento ; porque razão não se haveria de conservar" eternamente as formas primitivas, e creadas em épocas em que não havia um corpo, e nem espirito de systema na legislação, quando a sentença era proferida pelos *scabins* em massa, e livres de qualquer regra de prova ? O legislador sábio deve aproveitar a experiência dos tempos ; revestir as antigas instituições com as formas novas, que as ennobreçam.

3.º Para que o jury exerça uma influencia benefica, é mister que a lei penal, sabendo achar o justo peso dos delictos, e a justa proporção entre estes e as penas, jamais decreta castigos que revoltem, que venham desmentir os progressos da civilização ; é mister que não deixe pouca margem a livre apreciação do jurado (29), pois que no caso contrario os jurados no momento de votarem se occuparão exclusivamente com a pena, não obstante todas as prohibições legais ; e para não carregarem a sua consciencia com a condemnacão, que acham excessiva, preferirão a todo o risco declarar o não culpado. Todas as absolvições escandalosas pronunciadas pelo jury na Inglaterra e na França tem por unica causa os rigores da lei penal (30). portanto os legisladores no futuro deverião imitar a nova lei franceza (31), que determina submeter a decisão dos jurados o quesito das circunstancias atenuantes, e que, no caso de resposta affirmativa, obriga o tribunal a diminuir ou mais grãos na pena (32). Então os jurados, para dar satisfação ao grito da sua consciencia, não são mais ob-

(29) É geralmente reconhecido em França que a pressão pelo jurado para a absolvição de mutecim. são os resultados de tais absolvições. - De Gregório, *Projeto do Código penal universal*, Paris 1832, p. 6.

(30) Vide as particularidades curiosas a respeito em Wakefield *Documentas relativos à applicação da pena de morte*.

(31) Lei de 28 de Abril de 1882. art 5,7 e 94.-Vide a dissertação do autor nos *Arch. de dir. Crim.*, t. 15, p. 340.

(32) Chauveau, *Código penal progressif Comment, sobre a 1ª modificação*, Paris.

gados a absolverem, quando existe a culpa; sabem com certeza, que a pena sera immediatamente minorada, desde que declararem simplesmente, que existem circunstancias atténuantes.

4." Julgamos absolutamente necessarios certos melhoramentos especiaes quanto ao modo actual de formulât os quesitos : o - quesito, *o accusado è culpado ?* é muito generico, e tem muito grande comprehensao, sem fallar dos seus outros inconvenientes (33); indnz facilmente os jurados em erro, pois que estes dizem que o accusado nao é culpado, ou porque os factos nao lhes pareçam provados, ou porque nao lhes pareçam constituir um crime. Séria facil délies obter respostas mais positivas, e mais catbgoricas, se lhes fossem apresentados os quesitos mais dîvididos, e mais especiaes, por exemplo : 1." os actos imputados forfto praticados? 2.º forao praticados nestas ou naquellas circunstancias? 3.» o indiciado foi o seu autor, ou nelles tomou parte ? 4." é elle culpado por tel-os praticado rom malicia ou por imprudencia, e aqui algumas vezes devia-se tarabem accrescentar o quesito do discernimento? 5." houve circunstancias atténuantes ?

5." Pinalmente sao sobre tudo as instituiçOes politica», e o grão de cultura da naç.5o,que constituera o verdadeiro valôr do jury, (34). Para que este lance fecundas raizes,é-lhe necessario o solo de um paiz politicamente independente, e previamente aberto as idéas politicas; conhecendo os seus direitos, estando decidido a niantelos e a fortifica-los, collocando-re ousadamente em face do poder, sempre prestes a desconftar de qualquer instituição,que possa facilitar offensas contra a liberdade dos cidadaos, é-lhe preciso um povo que tome vivo interesse

(33) Vide Golden' ua *Revista da LegislaçSo estrangeira*, t. 5, p. '193. (84)

Vide a dissertação do autor. *Arch. novot*, 1.13, p. 281.

nos negocios publiées, que saiba coraprehender o valôr lai indepedencia nos juizes, e cuja educaçao esteja bastante adiantada, para que seja possivel em qualquer termo do processo haver em seu seio número sufficientede jurados imparciaes. Comprehende-se agora o erro daquelles, que considêra o ojurj como a unica ou melhor forma possiveld da justice, no que toca à tnvestigaçao da verdade, e a organisaçao material judiciaria ; erro tao frêquente, quanto funesto. Como se estas formas, e esta organisaçao judiciaria, perfeitamente adaptadas a constituiçãol de um .povo, podessem ser com as mesmas vantagens transplantadas para outro povo ; como se uma instituiç&o, que se reconhece sabia nestas ou naquellas condições, devesse semprej ser considerada a unica. e a melhor possivel ĩ As instituições judiciarias, pa ra terem boni exito, tambem nécessitée do climat, solo e cultura convenientes. Relativamente ao processo criminal. a melhor forma da justice é a que garante melhor à sociedade a puniç&o de todos os criminosos, a segurança dos innocentes, e que, merecendo a confiança gérai, fax com que o povo reconheça, que as sentences proferidas sao a rigorosa expressao da justice. Se esta confiança falha, a administração ljudiciaria torna-se impotente, e sem efficacia para a conserva-ç&o da lei. da quai è ella a unica defensora. E" preciso pois estudar todas as particularidades da vida polit ica de um povo, para poder decidir, se elle deposita confiança illimitada nas sentences proferidas por juizes regulares, e nomeados pelo poder ; se considêra sob o mesmo ponto de vista os julgamentos em materia civil, e em materia criminal ; se reconhece nos magistrados a coragem e independencia nersessarias para ao-roente seguir a linha recta das suas convicções no caso, em que o poder irritado quizesse perseguir o juiz rigido observador da lei do dever; é tambem necessario o mesmo estudo para saber, se o povo, aproveitando toda a importancia politica do processo criminal, expérimenta certos movimentos de inquietaçao



perante uraa seutença proferida por juizes régal ares ; se reconhece, que frequentemente os cidadãos pbdem ser victimas de graves aceusações politicas, e se coraprehende claramente em que posição critica deve acb.ar-.se o juiz, que, collocado entre os desejos daquelles, dos quaes dépende a sua forttnna, e o perigo de uma decisão em sentido contrario, deve receiar de comprometter o seu accesso ; ou, mesnio no caso de nao ser sujeito a demlssao, de ser degradado para outra residencia, e em circumstaneias quasi tao funestas para elle, como se fosse demittido ?

Mas o legislador, se vê e pensa justamente, se nao esta possuído da falsa rrença na existencia de uma forma typica e absoluta, deve fugir de decidir prematuramente, se esses receios, se essas objecções, são ou nao bem fundados; e se o povo nao manifestar o voto de vêr o jury estabelecer-se em seu Iseio, se tiver confiança nos seus juizes, nao deve o legislador em qualquer hypothese preferir a primeira forma. A vez do jury terá chegado no dia, em que por elle clamarem, a voz popular, as idéas e as instituiçOes politicas ; e entao immediatamente poder-se-hà reconhecer quão pouco fundadas sao as aggressoes contra elle dirigidas. Estas, já o dissemos, nao podem ser procedentes, senao no caso em que o jury fosse inaugurado em circnmstancias desfavoraveis ; em que a sua organisação fosse gravemente defeituosa, e ma a legislação pénal ; em que esta mesma legislaçfio tendesse a alimentar o preiuiço, de que os jurados devem ser abandonados as suas simples impressoes, a os sens sentimentos intimos, suppondo-se nao existirem para elles aquellas regras da prova, que (mesmo fazendo-se abstracção das leis positivas, que a tivessem consagrado) sao altamente reommendadas pela sabedoria, e pela experiencia, como os guias mais seguros para chegar à verdade.

As formas especiaes do processo, propriamente ditas, esta©

constantemente en» relaço&o necessaria com o jury; de sorte que» B« por exempta H pnnliridiide dos detWtes foi introdnr.ida em atn povo, o leplslador A bem dnpressa fatalmente levado a introduzir a nova instituir.no ; pois de outra sorte o que veriRo n sor os juives régulait», dépendantes do poder, perante a mnUidflo attenta n todo o andamento do processo, e présente a sentenea (35)? (\*)

(3T)i VM«- Umkm Draw\* (o célèbre adversarto do jswa) no» Arth <U AfHfcr. te |> 4\*1.

(M O nutor tn»t'->a c.,»m mnlto main d<M«Miv»lvimflnlo, • eob todú M •», <la qnestio 4n |»rr (que nenba d\* set l«lr«tafido esn Genova pot nim tel •in tau, • BO Cantão 4t V«M pela eonetueiefe de 19 de Jnlho 4« 18\*5). no *piroc rrim. eecan..* ». 1,esp. fi. <\*. \* na su:» obratji eítad\*) sobre o *n\*b\*u \i,ml, pic. '«!»*. • trdtmMn). 388—WO. O número ring parttdarlos do jary SUR «MU oonetantetnente nu Alternant»» ; o (adit te\* mais v\*o desappareceadn ne prejuuo a eete n«petV>- Quanto a»aut». elle julgaque op«ess»»» do jury pAde com t'uín HeguraíK't «-onduilr à verdado mmo o dos jalne regulares. MA firmpm« le convencido de que dia vit\* etn que • Institulçio sent lam-bem inirodazids na Alternant)\*» «alvo se os gafornos. for tndœ o» meio\* «o seu alcanoa. ouaegui Am asaegurar a con fiança public-i ma aenleaçw dos jotMe por atlas instituido\*. Antes dleao, o senso pntitio vai-so deeenwl-vend» cada ver. mais : o poder • oa MUS «Mante\* «A enentrao orearantea deeconnaoeaa. e ee etn un» nagocio poliUoo ojnix regular pronunea uma con-demnaçAo, uteamo poneo sevnra, acha-ec logo «m flagrante contradicAo com a opinilo;«tant» maisaa onuaaa andarem. quantomais defonaores terôojnry. Alem disso o nrocawo oral e publieo. & medida que for mal» gerntmto «•ado posto em vigor, irA tendo tttn effèt to pronuit eiado sobre o povo -> eusin-nur-llie-hn a cotejar as deeiões dosdebates. que tiverom lugar oa sua pmeenea ; a epraciár por ai mesmo o vnlor das «entencas ; habitna-lo-hn, flmtlmente A intelligents dos negocios crimes. — por outro Iftdo o atttor julga, que o jury uló poder\* dar as garantiaa. que constituom o seu poder. senao quando houver no povo grand e número de cidadioa intelligents, firmes, a independentes. E\* mister que moralmonte ne tenhaa certesa, de que n maioria dos nomtft altstados sião de homens intsressados na ordem, e u» segurança publicoa. o tombent prestes a tomar a défera da liberdade dos sens eoncidadane. A conqwsição do jury, pois, 6 oousa du mais alta impor-tiinciii : sera a aorte, on a eecolha que decidira ? oa sera melhor adopter o s\ sienm francoei\* \ inaior parte dos pubticislas nllemães préféra n net» o systemn inglei. — Contessamos tanibem que mesm<> hoje todas us

«,

## CAPITULO XIV

EXAME DO SYSTEMA MIXTO, QUE CONFERE A ATTRIBUIÇÃO DE  
PROFEEIEA SENTENÇA A JUIZES OKDINAKIOS, MAS 3EM LHE3 TRAÇAB  
REGRAS DE PROVA.

O legislador, affm de satiafar ambas as opiniGes contrarias,  
tentou por vezes combinai- entre si as formas, que decorrem de  
cada uma délias ; na esperança de obter dupla vantagem de

questões não estão complelamente esclarecidas. Que opiniSo précisa se potier â  
formar do jury f Que resultados positivos se poderá délie espérai- ? São  
problemas, que certamente o futuro resolverá. Todavia pode-ae considerar o  
jury sob dons pontos de vista : ou elle constitue uni tribunal de juizes que  
reconbecem certas leis eni materia de prova. e não podem quando coude-mnãõ.  
entregar-se as impressões arbitrarías do que se cliama a convicção intima ; ou  
não estão sujeitos a regra algũa, e a sua unica lei é a intima convicção. Destas  
dnas opiniões contrarias, a primeira serve de prin-cipio fundamental aos jurys  
inglez, escossez, e americano, a segunda ao jury francez. Citaremos com  
relação ao systema inglez : 1.º Reynolds, *de vera Judicii jwratorum origine et  
natura*, Heidelberg, 1822. O autor alii demonstra, p. 68, que na America os  
jurados tomão sempre a lei da prova (*lavo ofévidence*) por base das suas  
decisões; 2ºGreenleaf, *Treatiive on (he law of évidence (Tratado das leis da  
prova/*, Boston. 1844, que tiunbem demonstra, t. S, p. 60, que os jurados devem  
obedecer a estas mesmas leis ; il/"Coraisli, *Manual* ; 4.º Moymans, *Légal Hand  
book (Manuul de Direiio)*. Londres, 1843 : estes aie ensinão as regras a seguir ;  
emlim, 5." em urn notavel artigo da *Law Hevieu*), Londres 1845, n. 3, p. 28—  
44, forão sabia-mente deaenvolvidas as relações entre as funcções dos juizen e  
as dos jurados. Na America e un. Iuglaterra os jurados décide m segundo as  
regras de lia muito sanccionadas pela razão, pela experiencia e pela pratica  
judiciaria ; chegão sempre à convicção por via da logica : durante o curso do  
processo a prova é debatida, tanto pelo aucusador como pelo acusado, por  
todos os nieios, discutida em todas as suas partes, constanteineiile submet-tida  
ao exame das regras ; estas são na mesma audiencia explicadas aos jurados  
pelos juizes, que lues advertem, por exemple, que não se devem facilmente fiar  
nas declarações de um cumplice etc.,; e finalmente, a sentença de condemnação  
pôde ser deferida aos quinze j uizes reunidos, os quaes examinão se houve nu  
não prova sufficiente. Nesle systema a sentença certamente reveste-se de um  
caracter eminentenente grave, e as absol-



tal mistura, conferio, pois, a juizes regulares a attribuição de proferir a sentença sem dependencia de alguma theoria da prova, que guiasse as suas apreciações, e sem que fossem obrigados a reativar as suas convicções, deixadas inteiramente livres. Recentemente este aystema foi abraçado em todos os estados, nos quaes se introduziu o processo criminal francez, mas celandose aos juizes ordinarios as attribuições dos jurados, por se proscreever o jury, por exemplo, na Hollanda (1) e na Italia (2). Tais são também as disposições da ordenação criminal de Na-

vições arbitrárias são também menos frequentes. Na França não é assim : os jurados não são considerados como juizes submettidos a certas regras da prova ; ali se sustenta como axioma, que o *jury é a consciencia*. do pois ; mas, é preciso dizer, tal omnipotencia concedida ao que se chama a convicção intima dá as sentenças alguma cousa de muito vago, e ao mesmo tempo de muito arbitrarlo. A este respeito, pois, parece preferivel o systema inglez. Mas toda a duvida não versa somente sobre isto: e o valor e efficacia da instituição dependem de uma multidão de outras particularidades de organização, cujo principio não foi ainda suficientemente estudado. — Assim, dever-se-ha instituir um jury especial em certos casos como na Inglaterra, ou como na França em certa epoca ? Como deverão ser formulados os quesitos? Todos concordão que a formula geral, o *accusado é culpado*, pecca por falta de precisão ; e aie m disso pôde transviar o jury. Dever-se-ha conceder aos jurados o direito de pronunciar uma *decisão especial*, ou puramente de facto, como se pratica na Inglaterra ? Que influencia dever-se-ha deixar-lhes na gradação da pena? Poderão elles declarar a existencia das *circunstancias atténuantes* como na Fiança, ou das *circunstancias attenuantissimas*. como em Genebra, as quaes ainda diminuem um grão na pena? Decidirão por simples maioria, como em França? ou deverão ser unanimes como na Inglaterra\* ? Todas estas graves questões devem ser completamente resolvidas, antes de se decidir em ultima instancia da superioridade do jury.

(Nota manuscripta do autor.J

(1) Vide, a respeito das alterações que a legislação franceza soffreu nos pattozes Baixos, Birnbaum, na *Revista critica de jurisprudencia estrangeira*, t. 2, p. 4SI.

(2) *Codice de Procedura pénale* de 1807, art. 300 494.

«

pôles (3) ; e, se raerecem credito os documentoa publi», qui»,  
st tambem introduxir este systema na Prassia (4) ; e.  
a Bberdadp das convicções do juiz constitue orna das dispo-  
ilçoe\* fundamrataes da récente lei, que régula a io  
criminal no paix de Vaud (5).

Mas, appreasemo-nos a dixel-o, tal combinaç&o nlo pode sa\*  
tisfazer os votos da justiça : nao reprodux as vantagens da  
jurisdicção regular baseada na theoria légal, e esta longe de impôt  
silencio as voxes, que se elevfto a favor do jury. A aatu-reza  
hybrida do systema (6 produs logo consequancias Fu-| nés tas.

I.» Enganto-se redondamente, se esperao por esse meiovet I  
reriver as vantagens politicas, que formlo oapanagio do jury; o  
accusado aabe o que tem direito de esperar deste ; e 0 povo,| assim  
como elle, nao ignora qne este tribunal reconbeceria bem depressa  
todo o perigo, que uma injusta accusação faria correr iftiiberdades  
ciricas ; eque se spresearia, na sua independen-cia, a  
imparcialidade, em tomar o indiciado sob sua poderosa protecção ;  
mas no tal systema mixte, pelo contrario, so se v# j niâtes  
assalariados pelo poder para proferirem a sentença, o que bastaria  
para provocar a desconnanca gérai, e atetn disaaj podendo  
livmnente seguir somente as suas eonriccOea, sein

que délias se lhes peça^ contas. As descon fianças pois, longe de ditnuiem, nao podera deixar de augmenter (1),

ÎJ.\* Em vao se esperaria por outro feliz effeito do jury, isto é, apparecer a sua sentença como a express&o do sentimento publico. Graves motivos fazem com que os seus proprios adversarios reconheç&o, que os delictos politicos, e os da imprensa devéih ser-lhe deferidos. Confessao que, escolhidos os jurados no seio do povo, e vivendo em contacto perpetuo com os seus concidâdaos, estao, melhor do que outrés quaesquer juizes, nocaSo de conhecer a opiniao coramum, quand'> se trata de uma offensa â paz publica, de orna aggressfto crimi-noga contra a sociedade, ou de qualqner outro crime de natu-reza politica. E' preciso reconhecer ainda, que a sua sentença tanto mais merece confiança, quantosabem perfeitamente, cir-cumspectos, prudentes, e familiarisados como estao com os incidentes diarios da vida, distinguir o exercicio licito de um direito constitucional, das offensas culpaveis à ordem social. Mas nao se devera temer ao contrario, que os juizes regulares, que tem pouca pratica da vida, e que muitas vezes nao vêm o mundo, senao atravez dos muros do seu gabinete de estudo, transportera para suas decisoes a parcialidade das suas vistss, e que nelles nao possa a opiniao commum acnar um écho ?

3.º Nada é mais vacillante e incerlo do que a noção da convicção intima : algnmas vezes é nma sô palavra que serve de véo as illusOes de um espirito leviano, ao attractivo da paixao, ou de opinioes mal fundadas ; de sorte que dar ao juiz a faculdade de decidir da culpabilidade dos seus concidâdaos livremente, e sera dar contas dos seus motivos, é dar-lhe um temivel direito de vida e morte, que jamais principe aïgum possuio com tal extensao. Mas examinemos as cotisas de mais

(7) Hinsberjj. *Recordaçôts*, p. 8-

perto. Quando nfto ha nem confiss&o, e nem testemunhas, e que o juiz pode condemnar por simples indicios, as suas palavras nao terao o som da yoz do arbitrio, quando affirmarem sem mais explicações, que *o accusado é culpado* ? E o povo terá confiança em tal condemnaç&o, proferida por simples suspectas, por alguns magistrados nomeados pelo poder? Ninguem o poderá crer ? Entr étant o, mal da justiça, cujos arestos n&o obtiverera a approvaçao gérai ! Objecta-se que condemnando tambem os jurados por simples indicios, porque se ha de recu-J sar confiança a juizes honrados, fieis à sua miss&o, instruidos e habeis ? Quem apresenta esta objecçao, esquece que um tribunal de juizes regulares jamais poderia offerecer ambas as Lgarantias tao essenciaes, que dao ao jury a sua influencia de confiança, isto é, o número de individuos que tom&o parte na sentença e o amplo direito de recusaçao, que compete ao accusado, e que faz com que os jurados appareçao como juizes, ou antes, como arbitras, cujas decisoes s&o por elle livremente aceitas. O jury se eompoe de doze membros, e quando se reflecte que sô a sua unanimidade na Inglaterra, e que sô a maioria pelo menos de sete votos em França, podem decidir a condemnação , quando com esse número se compara o dos membros de um tribunal allemao (seis juizes) no quai é suffioiente uraa maioria de quatro votos, comprehende-se logo que.a decisao dp jury deve inspirar mais confiança sô pelo facto de ser ella o resultado de maior número de votos. O direito de recusaçao t em ainda maior importancia. Não é bastante autorisar o indiciado a reçu sar aquelle juiz sômente, contra o quai puder articular e firmar um motivo de recusaçao ; quanto maior liberdade se lhe deixar a este respeito, sem mesmo obrigar-o a motivâr as suas conclusses, tanto mais razfto ter&o todaa de acreditar, que elle tem inteira confiança naquelles, que n&o recusou ; e mais se fortificarà a convicçao do publico, de que o juiz deve ser necessariamente imparcial. Foi o que se reco-

nheceu no paiz de Vaud por occasiao da formaç&o da lei de 1832 (hoje àbrogada) sobre as basés do processo pénal (8). Nos termos dessa lei o tribunal criminal se compunha de doze juizes, sendo três nomeados pelo conselho d'Estado, três esco-lhidos entre os présidentes dos tribunaes do districto, e os seis ultimos erao juizes dos mesmos tribunaes. A lei tinha tambem designado para todos os casos um número sufficiëntè de juizes supplentes. Contra todos os juizes o accusado podia exercer p direito de recusação motivada; mas alem disso podia exercer a recusação absoluta contra um dos da primeira categoria, um dos da segunda, e dous da terceira. Para a condemnação era preciso baver maioria de três quartos (por consequencia 9 votos) ; a pena era determinada pela simples maioria. Certamente esta Combinação constitue um progresso real, pois que a recusação \* absoluta pôde pelo menos effectuar-se contra quatro juizes, e é pouco provavel, que entre doze haja mais de quatro contra os quaeso accusado tenha desconfianças, que elle nao ousa articular, mas entretanto bastante graves para que nao se sujeite de boa mente à sua jurisdicção. Alem disso ,independentemente des-ta faculdade, a recusação motivada lhe é permittida em relação aos outros. Esta lei dava sein duvida bastantes garantias à de-feza ; mas estava longe de preencher as lacunas, que consti-tuem o vicio inhérente ao aystema, de que nos occuparoos, nao obstante diminui-las o melhor pessivel.

4.º O que se entende pelas palavras *intima côhvicção* appli- - cadas ao jury, nao pôdeser applicado da mesma sorte a juizes regulares. Sahidos do meio dos seus considadaos, cujas 'opi-niões conhecem ; familiarisados com as exigencias da vida so-cial, occupando por posição e por dever um lugar mais proxi-mo do accusado e das testemunhas, e tendo por isto, melbo<sup>r</sup> do que ninguem, o meio de apreciar exactamente a veracidade

(8) Lei, cap. VIII. art. 71—74.



e os gestos de uns e outros; forçados de alguma sorte, depois de voltarem para ao seio dos seus concidadaos ao sahirem da audiência, a darem contas severaa das suasdecisûes, osjurâdos certain ente para julgarem de facto estão em uma situação das mais vantajosas, e a sua sentença, baseada na sua *intima convicção* , toma um caracter notavel de veracidade ; nao sendo mais do que um testemnnho emanado dos concidadaos do indiciado. Masassim nao é em relação aos juizes regulares, ea sua sentença nao pode obter omesmo resultado (9). Ainda o repetimos: os juizes regulares, pelo seu comroercio corn oslivros, e nao com os homens, estao demasiadamente isolados dos seus concidadaos, para que as suas sentenças possam satisfazer pie-, I na e inteiramente, ainda que allégua ter plena convicção '. e finalmente a sua posição no Estado, muito' divers» da dos jurados, oppOe-se tambem a isso.

5." Entretanto nao se pode negar que exista em muitos jui-] zes a par da sciencia juridica, inhérente â sua instituição, tanta habilidade pratica para discernir os factos verdadeiros com o auxilio das provas apresentadas, tanta sinceridade e fidelidade ao seu dever, como frequentemente em muitos jurados inhabeis, e nao cultivados, e cujas funcções dependem do acaso ; mas sería pouco razoavel o querer estabelecer entre uns e outros comparações de homem a horoom. O que é preciso ter em vista, é a propria instituição, tal como a lei a organisou ; e passando-se a este exame, reconhece-se que, para que um tribunal de juizes regulares possa conquistar a confiança do povo, é mister que os mesmos nao possam sahir de certos limites, que o legisladorfixou-lb.es no interesse da innocencia ; é mister que uma theoria da prova baseada na experiencia dos

(9) O proprio Oai'miguaui é forçado ao concordai' nitto, t, 4, p. 307.

séculos os guie nas suas investigações, moti vendu eues as suas sêntenças ; é mister finalmente que a sua decisao possa, querendo o accûsado, ser submettida à apreciaç&o de um tribunal superior. A obrigaçfto de motivar a seutença offerece vanta - gens incalculaveis. Quem por muit-j tempo fez parte de um tribunal sâbe de que formas diverses se revente o voto de um juiz, e quanto melhor fundamentado parece, quando o juiz é obrigado a ex por os seus motivos. Alem disso etn um systême légal da prova berà organizado elle acha um guia seguro das suas apreciaçOes ; e previnem-sé muitos julgamentos temêra - rios, obrigando-o a dar contas das suas convicçOes. Mas é o accûsado quem mais ganha com tudo isso ; 6s motivos do jul - gamento fazem-»lhe descobrir as lacunas da sua defeza, \* e mostram-lhe as bases, nas quaes deverá appoiar a sua appel - lação. Nfto podemos deixar de repetir o que je. tivemos occâsião de dizer a respeito : se o legislador permite ao juiz, que pôssa condemnar pela sua simples convicção, répudia sera motivo todas estas vantagens ; porque o magistrado na occasifto de voter não tem senfto uraa palavra a dizer, e ê, que esta conven - cido ; nada faz conhecer os motivos da sua convicção, que nfto poderião alem disso ser articulados em uma sentence, cujos termos fossem somente dictados pela intima convicção. Nés te caso tambem o recurso de appellação nfto é admissivel ; como poderifto os juizes da segunda instancia conhecer a justice ou injustice da sentence proferida pelas conviçoes intimas dos daprimeira ? e como conceber uma sentence de reforma, se m que esta explique o erro dos primeiros juizes ? Haveria luta entre duas convicçOes, e nada mais. Creraos ter demonstrado que, para que um tribunal composto de juizes regulares possa preferir sentences, que obtenhfto o assenso gérai, é mister éviter todas essas tentativas de rais tu ras impossiveis, e a destrui - cao dos caractères essenciaes, que constituera garanti as e appelles à confiance, que nada poderia snpprir.

## CAPITULO XV

### DAS PONTES DA CRRTKZA.

Quando diariamente se indaga quaes sfto os motivos déter-  
minantes das nossas convicções em relaço to à exiatencia de um  
facto, quaes s&o aquelles, que, approvados pela experiencia dos  
tempos, servem de guia aos juizos dos homens realmente pru-  
dentes, chega-se logo ao ponto de considérai\* o teatemunho dos  
sentidos, como a verdadeira. e unica fonte da certeza. (1) Dia-  
riamente temos a prôva da realidade dos objectai, que cahem  
soi» os nossos sentidos. quando a impressSo experimentada esta  
em harmoni» perfeita com esses objectas exteriores ; e como  
aereditarnos. pelo que nos toca, que a observaeão pelos sentidos  
géra a certeza ; segue-se, que tambem aereditarnos nos nossos  
semelnantes, quando se baseao nas suas observaões pessoases; e  
por isso a confiss&o e a prova testemunhal convencem-nos. Com -  
prehender-se-ha agora, porque muitas vezes o processocrimiual  
nSo admite, como provas complétas, senao aquellas, que procé-  
dera da evidencia material directe ; como effeito s6 ellas pare-  
cem de natnreza a formar a certeza (2), em quanto que outras  
provas (osindicios por exemple), as quaes tem sido algumas  
vezes admittidas, parecem não poder jamais fazer plena de-  
raonstrac&o (3).

Mas levar esta doutrina a consequencias tão riguvusas, séria ir

(1) Klein, *Annaes de Legisl.* t. 2fi, p. H. —Rolin de f'robot, *délie t. p.* 23. —  
OolmanD, *Tratado de Direito pénal* p. 811.

(2) Gmelin, *Da Administraço da Juniça crim. nos pequenot r\$ladut* p. 152.

(3) Carmignani, *Leggi délia Sicorezza*, t. 4. p. 178.

muito longe talvez (4) ; a nossa crença não se firma somente no testemunho dos nossos sentidos, pois que teremos fé também nas afirmações da nossa razão, quando esta examina e conclui conforme os sentidos, e quando a certeza se forma em nosso espírito, guiado pelos meios puramente lógicos.

1.º Entre estes meios fundamentais (5), deve-se colocar em primeiro lugar a *conclusão do possível ao real*. Quanto mais as imagens transmitidas pelos sentidos estiverem em perfeita harmonia com as nossas idéias do possível, tanto mais nos inclinamos a considerá-las como a realidade. Pelo contrário, sempre que os nossos sentidos forem impressionados por um fenómeno extraordinário, e incompreensível, a vida se opera em nosso espírito, somos levados a não ver senão uma ilusão nestas imagens sensíveis. Quando vemos um homem apontar para outro uma arma de fogo, em uma distância, em que a experiência nos dizia não poder a bala alcançar os objectos, e fazê-lo cair morto, perguntamos a nós mesmos, se o autor da morte foi aquelle com o tiro, que disparou sobre a vítima, e não sabermos como conciliá-lo que vemos com o resultado das nossas experiências anteriores. Da mesma sorte quando se nos vem dizer, que um homicídio foi perpetrado por um individuo de procedimento irrepreensível, e que nenhum interesse tinha em commetter o crime, começamos por desconfiar da verdade de tal noticia.

2.º Outro método frequentemente, applicado pelo raciocínio a apreciação dos factos, é a *conclusão por via da analogia* (6), isto é, a conclusão de um caso para outro semelhante.

(4) Neste sentido é com razão que Globig na sua *Theoria das Probabilidades*, 1.ª Part. p. 87, classifica a evidencia material na classe das conclusões ordinárias.

(6) Globig, *Theoria*. 1.ª Part., p. 20, etc. etc.

(6) Globig, *Theoria*, 1.ª part. p. 85,

Quanto mais exacta fôr a semelhança, quanto mais fréquente e uniforme ella fôr, tanto mais convencidos nos sentimos. Um individuo se mostra animado do mais violento odio contra outro ; procura-o com o punhal na mto proferindo ameaças de morte : ve-se-o precipitar-se na residencia do seu inimigo, e depois sahir ; e nella se acha o cadaver deste, a quem aquelle procurava ; nao obstante nao se estar présente ao encontro do assassino com a sua victima, é impossivel nao se ter a convic-j ç&o, de que o autor do crime foi aquelle, que foi visto entrar na| casa da victima.

3.º Ha finalmente a *conclusão tirada das circumstancias para o facto principal*, quando estas circumstancias se encon-trfto de ordinario em complêta relação com elle (7). Um arma-rio foi aberto em uma casa com habilidade e destreza notaveis: depois foi consumado um TOUDO ; posteriorroente vem-se a sa-ber, que um homem de elevada estatura, conhecido pela sua maravilhosa destreza em abrir assim as fechaduras, foi visto naquelles lugares pouco tempo antes do crime : acredita-se logo com fundamento, que elle tomou parte no roubo.

O espirito, pois, nao acha satisfação complêta, e a certeza nao se forma nelle, senao quando, applicando alei doraciocinio aos fesultados fornecidos pela 'observaç&o dos sentidos, encon-tra a concordancia, e a harmonia, que o sedusem. E mesmo nos caeos, em que por habito damos pleno credito ao testemunho dos nossos sentidos, proceder-se-ha com prudencia em recorrer ao *critérium* da razao, e nao decidir-se senao depois de maduro exame das razOes pro e contra. Este methodo deve ser applicado principalmente as materias criminaes, nas quaes o juiz, ainda quando se convença pela inspecção ocular do corpo de delicto, jamais pode affirmar a existencia do acto criminoso, mas so-

(7) Globig. Theoria. 4. c., p. 68,

mente os seus resultados (8) ; e somente por via de conclusões é que elle pode chegar a conhecer, de que modo foi commetido o crime, e quaes foram os seus instrumentos, etc. etc. Quanto ao juiz definitivo, forçado a decidir-se somente pelas peças dos autos, não tem, para guiar a sua certeza, nem mesmo a recordação do que viu, porque só o magistrado instructor foi quem procedeu à inspecção ocular. Se elle acredita firmemente no processo verbal da vistoria fornecido por este ultimo, é porque tem plena confiança na sua integridade, e na fidelidade das particularidades por elle reveladas. Quando as provas apoiam-se na evidência material mediata, na confissão, no depoimento de testemunhas, não se pode afirmar ser essa evidência mediata, que produz a certeza, mas antes as razões, que militam no espirito do juiz no sentido de leva-lo a prestar credito as afirmações de terceiros, que vem attestar, que os factos imputados cahiram sob a observação dos seus sentidos. Por afirmar um individuo—•eu vi A apimhalar B, o juiz só por isso não se decidirá a condemnar ; e se o faz, é principalmente porque considera a testemunha digna de fé ; porque considera que ella foi espectador do facto, e acredita ter ella a firme vontade de dizer a verdade : porque o seu depoimento lhe parece ao mesmo tempo possível, e verosimil ; porque ha concordancia perfeita entre o seu depoimento, as circumstancias materiaes, e os outros depoimentos prestados. O mesmo se deve dizer a respeito da confissão ; se esta merece credito, é por causa de uma multidão de considerações, que se encadeiam no espirito do juiz ; e seria erro sustentar-se, neste passo e em outros, que a certeza só é produzida pela evidência material. Alem disso, não se sabe que ordinariamente as testemunhas não podem afirmar terem assistido à perpetração completa do facto principal constitutivo do crime? Figuramos a hypothese de um assassinato» com-

(8) Zeiller, *Annaes de Jurisprudencia austriaca* t. 2, p. 184,

mettido em unla" tixa ; se se dividir e desmembrar os depoimentos das di versas testemunhas, ver-se-ha por fim que as suas proprias assérçQes, e algumasvezes a certeza do juiz nao se basêao senao em presumpções<sup>1</sup> fundamentadas. Com effeito; virão declatar terem visto A lançar-se na briga com o punhal levautado ; depois B cahir ferido, e ensanguentada, e te-lo ouvido gritar — *A tnatou-me*. Assim formulada, a prova séria compléta (9), e entretanto as tegemunhas nao virao A dar o golpe mortal em B ; mas ellas deviao presumi-lo, nao permitindo a situaç&o das cousas outra conjectura; e ouviudo-as, o juiz sente a sua consciencia segura. O proprio juia, quando suppoee condemnar conforme a evidencia material, que imagina conter-se nas declaraçoes das testemnhas, condemna entretanto por umaevidencia da raaao.E' erronea, pois, a distincçao que se tem feito, separando o que se chama prova artificial, ou prova résultante do concurso, e da-harmonia das circunstancias, da prova natural, que séria o producto do exame ocular, dos depoimentos das testemnhas ou da confiss&o. Entre ellas nao ha a differença pronunciada, que se tem julgado baver, e mais acerto nao se tem mostrado, recusando-se força probatoria aos indicios, como nao podendo constituir a evidencia material. As verdadeiras bases da certeza sao, tantoa cmfiança na fidelidade dos nossos sentidos, como no poder do raciocinio, que, tomando as experiencias anteriores por ponto de comparaçao, com ellas coteja, como medida certa, os factos, cuj a realidade trata elle de apreciar.

A certeza se forma em nos de dous modos : directamente, quando as nossas sensações pessoas nos transmittem a imagem do objecto ; e indirectamante, quando a sua existencia nos é certificado por terceiros, que assegurao terem experimentado

(9) De Feuerbach, *Causas memoravÊis*, t. 3, p. 638.

a realidade do que afirmamos, ou que temos afirmado senão certos fatos parciais, mas cuja existência e natureza fiquem logo concluir a existência do facto principal em questão. Sempre que as relações de um a outro facto permitirem estas espécies de inferências, cuja origem exposerem, • fiquem os mesmos fatos que a natureza, fortificada com a experiência adquirida baseia e determina a sua certeza : tomamos a denominar de indutiva a de «metódica» (10), « parecem mostrar com o dedo o facto principal correlativo, Ainda «qui «encontra a dupla influência da evidência dos sentidos, e da evidência do racio, salva a seguinte diferença : quando se trata de provas ordinárias, que se baseiam simplesmente na evidência material mediata, a raciocínio é conveniente, com tanto que os terceiros. que virem sobre o que observamos, mereçam que se dê crédito as suas palavras, e que a experiência nos diga. que os factos referidos estejam em perfeita harmonia com as nossas idéias do possível e do verossímil ; quando pelo contrario se trata dos iudícios, cuja fonte de evidência, a razão deve logo entregar-se a investigações mais complicadas, autos de poder dar-se por satisfeitos. Então há de ver em primeiro lugar por um exame mais severo, se as relações. que derivam destes iudícios. não podem ter outra explicação diversa da procurada e para facilitar este exame, convém dar um exemplo. segundo os iudícios, os meios, de justificá-los os mais amplos (como por exemplo no caso de ter sido achado no lugar do crime um instrumento, que lhe pertencesse). Toda a direção por elle indicada deve ser seguida ao pé da letra ; porque pôde acontecer que se chegue a resultados contrários daquelles, que derivam dos dados da primitiva investigação : os resultados desta investigação devem sempre ser sempre comunicados. afim de que desfaça as duvidas, se lhe for possível. ou possa produzir novas justificações; mas, se apesar de todas estas in-

(10\* thielin, *Dit AAntmstHre* » \* & » *JusUpa* peaa, p. 56.



investigações, dos seus «forces para se desculpar a6 resultao mentiras ou impossibilidades, se se chega ao ponto de nao poder elle mais nada oppor com procedencia ao Systems fundamentado da accasaeao: entao a con vicção se opère no espiritn ; ha relação évidente de criminalidade entre elle e o facto.

Nao é tudo : a razao, levando as suas investigacoes mais longe, quer ver ainda corroboradas na especie estas relaccès, nao sô pelas circumstancias accessorias dos factos. corao pela conclusao do possivel ao real, no sentido de poder admittir plenaro<sup>ente</sup>. que o accusado commetteo o acto imputado.

Enfim a razao quer achar entre os indicios uma concordancia tal, que seja necessario absolutamente, ou ter por certa a perpetração do facto pelo accusado, corao sua consequencia direct» e necessaria, on lançar-ee no mundo do maravilhoso, e do inverosimil, segundo o curso ordinario, das cotisas. Appliquemos aqui a definição de certeza, que dêmos acima (Cap. Vil) : para que o nosso espirito sinta a formar-se, deve achar-se em uma situação tal, que a concordancia perfeita dos raotivos da realidade faça totalmente desaparecer todos os motivos, que poderiao fazer admittir o contrario. Portanto, -se depois das mais couscienciosas investigações vê-se surgirem numerosas razões affirmativas e fortes, tendo a sua >rigeni na experiencio diaria dosacontecirnentos. e dos actos humanos; se alem disso tudo se fez para poder acreditar a té inesimo na possibilidade do contrario, nâu se pode negar, que a impressfto em nos produsida por todas estas razGes é a certeza. Esta impressfto é-nos communicada pelos indicios tarabem, -issitri corao quai quer outra prova; e, a menos que nao se queira antes ex-plica-los por hypothèses extraordinarias, e recusar a admittir a experiencia de todos os dias, é impossivel abafar em nos a convicçAo da culpabilidade de um iudiciado, quando ella résulta do seu perfeito concurso na causa. (11)

fl'lj Vide o *Proreito crim. eomp.* t, 2, cap. 177. e seg. 181 6 182.



a sinceridade da vestoria: mas em todos os outros a força probatoria desta appoia-se, ou na evidencia material aifirmada pelos peritos conforme as observaçoEs por elles feitas, ou na coufiança, que inspirao as experiencias scientificas, e artisticas, de que fizerao uso, ou finalmente na confiance,, que elles proprios inspirao ; porque é por se os julgar habeis, que se pôde acreditar, que forao bem applicados os processus da arte, que as suas observaçoes sao complétas, fieis aos verdadeiros principios e as leis da sciencia, e as suas conclusses conséquentes, racionaes e exactas. Portant», analysando-se este genero de prova, reconnece-se que a sua força réside em puras *presumpções*, e que é por basear-se nellas que o juiz se eonvence, que os expertes acharao a verdade.

3.º A *confissão* do indiciado tem sido tambem considerada como um meio de prova emanado da evidencia material, mas da evidencia mediata ; coraprehendemos que esta opiniao pareça especiosa, para quem considéra a confissao como um teste munho prestado sobre simesmo (!) : nada mais natural do que acreditar no indiciado, que se réfère as observaçoEs dos seus proprios sentidos, elle que, melhor do que ninguem, possui o segredo de todos os pormenores do crime ; entretauto nao é exacto suppôr, que este teste'munho forme a convicção do juiz ; alias toda a convicção, qualquer que ella fosse, deveria formula ; neste caso, como demonstrareraos mais tarde (2), a coufiança do magistrado dériva tambem de deducções, e de inferencias fundameuiadas; espontaneamente, e sem reflexao, nao se poderia acreditar em um homem, que falla contra os seus in-

\*

(1) *Decisden do Tribunal de appellaçBo*, de Parchim, publicadas por Net-telblatt, 1ª parte, p. 76.

(2) Vide o *Procès, erim. comp.* do antor, t. 2, cap. 161.

teresses, e qüè Oflo é levado à fafcè&b pb> vantagem aigü ma proxima é preciso qttè 6' raciocinio nos mostre na confissao do crime o effeito ptovidencial do grito da consciencia : e quando o magistradb déclara fnalmente, 'que o accusado deve ser acreditado, que as circunstancias contidae na confiss&o ptf\*! recém vërbsimëis,\* que estao em perfeita harmonia com as constantes dos autos, é semprepor meio do raciocinio, c[üè elle fhega à firmar a sētença.

4.o A mesma cousa se deve dizêr *da prova testemunhal*. A\* pfimeira vista parece, que as testemunhas fazem prova, por se apoiarem nas suas observaçOes pessoas ; mas, reflectindo-l se com mais attençfto, percebe-se logo uma cadeia de itiducçOes. pelas quaes o nosso espirito deve passar antes de chegar a conil vencer-se -. é preciso em primeiro lugàr presumir, que as tes temunhas ooservarao exactamente os factos; que a memotia lhes ficou fiel, e que dizem tudo o que sabem, e nada mais do que sabem. Portante, affirmar que as testemunhas merecem credito, é consagrar os resultados de um raciocinio por via de inducçao ; para aqüellés, que s6 considerao possivel a prova testemunhal, quando ha acôrdo nos depoimentos de duas tes temunhas, é aiuda o raciocinio, que permite julgar desse acôrdo ; finalraente a mesma cousa acontece em "grande parte, quando graves e poderosos raotivos vem fixar a attençfto do juiz, nfto obstante cada um déliés dar lugar a suspeitas.

|

5.» Mas quando se chega ao meio da prova résultante do concurso de *indiaños*, a duvida nem mais um instante é possivel. Ja demonstramos (cap. 15) que é um erro suppôr ser a evidencia material a unica fonte da certeza ; os indicios demonstrfto sem replica, que o espirito, por mais sève» e timido que seja, pôde por si mesmo adquirir plena e inteira convicçfto, desde que nfto se desviar de certos limites prescriptos pela prudencia.

6.o Os documentos e os *titulos* podem ser contados entre os

meios ou fontes da prova ; mas, sob nraitas relaçOes, é mister mostrar-se ciroumspecto no effeito, que se lhes attribue; quando délies fallarmos mais especialmente, ver-se-ba, que jamais podem por si provar contra o accuaado a materialidade ,do crime ; que esta prova é sempre secundaria, no sentido de nao poder ser administrada senao com o auxilio da confiasao, ou da prova testemunbal ; que, se fazem prova na maior parte dos casos, é. com o auxilio de induçGes, as quaes fornecem um ponto de partida. Entretanto sería erro nao considera-los como uma fonte de prova ; porque : 1., a sua importancia é grande, quando se trata da verificação do ponto de facto (documentes) ; 2°, o effeito dos *instrumentas publicæ* é por todos reconhecido ; e os proprios documentos particulares podem trazer sensiveis modificaçGes ao modo de administrar a prova. 7.o No direito criminal commum da Mlemanba o jura-mento, ou uma das suas formas sômente, o juramento purga-torio, pôde ser classificado entre as provas ; porque o juiz allem&o tem o direito de tomar por motivos da sua decisao as explicações do accusado por elle corroboradas (3). Citaremos sô um exemplo : a doutrina e as legislaçOes locaes muitas vezes vao até ao ponto de autorizar a condemnaçfto, se o accusado récula prestar este juramento uma vez deferido. Mas sendo o.legislador prudente, e dando à sua tbeoria da prova as unicas bases, que a razao consagra, nao deve inscrever nos codigos o juramento purgatorio, senao quando muito como um simples *meio de deasão*. Desejaraos fazer conhecer o systema do direito commum allemao em materia de prova ; por isso julgamos obrigados a entrar mais tarde em alguns desen-volvimentos sobre esta questao do juramento; porém, apresse-mo-nos desde já em dize-lo, a sa raz&o jamais reconbecerá nelle uma fonte real de prova.

(3) Vide o *Procès, critn. «omp.*, t. 2, cap. 184—185.

AppareceU recentemente uma tf?a controversia sobre o número dos *meios da prova*, e sobre a distincção entre estas *ez~\* pressões e os *inotiws deprova*. A sciencia pouco tem a ganhar com taes investirações, que com razão forEo qùalificadas de paras subtilezas (4). Para o juiz ellas são sem valor, e n&o vemos, que interesse possa haver em reconhecer com Gensler na prova testemunhal (5) um *meio de prova*, a sàber a *testemuriha* ; um *moHvo positivo de prova*, a saber o *seu depoimento*', e um *motivo juridico*, a saber o *que o juiz colhe para a sua convicção como vnagist/rado*.

No sentido légal os meios de prova, ou em uma palavra as provas, 8&o as fontes, das quaes o juiz tira os motivos de convicção, que a lei déclara sufficientes para délies emanar naturalmente a sentença (6), sendo applicados aos factos constantes da causa. Mas quaes as provas que devem ser adraittidas pelas legislações bem ordenadas ? Este é tambem um assumpto de discussões inesgotaveis. Tem-se chegado até ao ponto de indagar, se *os indidos*, mesmo irrecusaveis e no caso de coucurso, podera ser classificados entre as provas ; porque contestar o seu poder, n&o xecouhece-los como fonte de certeza, é ao mesmo tempo risca-los da lista dos meios de prova. Finalmente, conforme o ponto de vista, em que se colloque, pode-se conservar na classe das provas, ou délia repellir, os *docwnen~tos*. Julgamos nesta parte, como mais acima, que taes discussões sEo total mente inuteis para a justiça, para o triumpho da verdade ; contentemo-nos em estudar profundamente a natureza das diversas provas, e sera bastante em todos os casos.

(4) Muhlenbruch, *Esboço do procetto civil*, p. 154, na nota.

(5) *Archivot da jurisprudencia civil*, 1\* parte; p. 29 e 40.

(6) E' por isso que o *Codigo pénal bavaro*, 3\* parte, art. 260, determina os meios da prova, nos quaes o juiz é autorizado a basear a sentença de condemnação.

## CAPITULO XVI

### DAS DIVISÕES DA PROVA, E MAIS ESPECIALMENTE DA PROVA PERFEITA E IMPERFEITA, NATURAL E ARTIFICIAL

Quando se dá à palavra *prova* o mesmo sentido que à palavra *certeza*, dá-se aos adversários da teoria legal da prova (1), e estes tratam de ridicularizar o sistema usado na Alemanha, e zombar das divisões, que elle parece comportar (*a meia prova, a prova mais que real*). Se tal fosse a significação real destas divisões, se se tivesse em mente considerar a prova como uma unidade mathematica, que depois se dividisse em fracções designa-se, as críticas seriam também fundadas (2) ; mas, é mister dizer-lo, quando os antigos juristas começaram a fallar na *semiplena probatio* (3), e quando os modernos praxistas empregaram o termo de *prova imperfeita* (4) só quiseram definir o caso de, não se tendo podido produzir prova completa, e não podendo a certeza dimanar do complexo dos motivos da convicção produzidos, existirem entretanto estes, depois da instrução terminada, em sufficiente número, e bastante graves, para que uma prevenção pareça sufficiente e verosimil. Não ha duvida que foi em materia civil (5) que primeiro se fez sentir a necessidade de determinar os casos precisos ; de fixar ao juiz pontos assignalados, que lhe indicas-

(1) Meyer, *Espirilo, Origem etc.*, liv. 2, cap. 14.

(2) Elscesser sobre a seguinte questão . *A verdade vale por graduada ?* nas *Investigações jurídicas*, por Gmelin et Elscesser, t. 2, p. 182.

(3) Vide Bonifacius de Maleficiis, cap. de Probat. — 3. Clarus, *Sententia* liv. 5. quæst.; 63 v. 9.

(4) Vide ainda Quistorp, *Principios*, § 1º; Steiger, *Miscelanea*, Mayença, 1819 n. 1 ; Tittman, *Manual*, III § 840.

(5) Schneider, *Doutrina da prova*, p. 408.

Rem o momento, em que fosse necessário deferir o juramento quando por exemplo, por não ter podido uma das partes produzir uma única testemunha, elle annulla em deferir-lhe o *juramento suppletorio* ; foi então que apparecerão as expressões — *meia prova. e prova mais que meia* ; as quaes foram bem depressa usadas em materia criminal ; quer porque muitas vezes no curso do processo era necessaria a existencia de certas presumpções contra o accusado para justificar o emprego de um dos meios do processo, a applicação da tortura, a prisão, a vestimenta domiciliaria, ou finalmente a instrucção especial etc. (6) ; quer porque o juiz se julgava autorizado, no caso de presumpções vehementes, a pronunciar contra o indiciado, sem todavia o condemnar, uma sentença desfavoravel, a deferir-lhe o juramento purgatorio *flj* ou a absolve-lo simplesmente! da instancia [*absolutio ab instantia*] (B). Todos estes meios de processo foram depois incluidos no que se chama *prova imperfeita* ; pois que a praxe achou mais commodo comprehender sob esta rubrica geral a meia prova, e as outras provas fraccionarias. Entretanto estas expressões sempre tiveram os seus adversarios (9), se bem que até hoje também tives-

(6) **Dabi** nasceu o Adagio : *B' précise- que haja meia prova, para que se possa passar d' instrucção especial.*

(7) Oarpow, *Praxis*, quest. 116, n. 6ª.

(8) Globig na *Censura rei judicialis* vol. 2, p. lífô, em lugar destas expressões emprega as **de probaHo** *plence prior*, e de **proba.Ho** *plence remotior*.

(9) **Mathmi**, de *Crim.*, lib. 48.1.15, e. I, n. 15, já dizia : *probare est fide\*n facere judLici, non facit autem fide\*n is, qui ut illi loawuntwr, semiplene probat*, — Vide também Kleinsehrod, nos *Arch.*, t. 4, 3.ª art., n. 4, g 7.



sem os seus defensores (10) ; e que a Carolina tivesse feito uso délias (11).

Mas sera necessario que em um corpo de leis (12) se faça menção da prova perfeita ou nao perfeita, e especialmente da meia prova? Antes de responder a tal questao, é preciso primeiro que se convenha no sentido que se liga a theoria légal ; sob o regimen do jury, ou sob umalei, que confira aos tribunaes ordinarios o direito de pronunciar segundo a sua intima convicção. So, comprehende-se naturalmente que taes divisões sejam superfluas ; pois que os juizes são teem a dizer : «*estamos convencidos*» ou «*não estamos convencidos*». No primeiro caso a pena é decretada em toda a sua plénitude; no segundo, a pena é declarada insufficiente, e entre o accusado imperfeitamente convencido e aquelle contra quem nao ha prova alguma, nao se pôde estabelecer a menor distincção. Em compensação julgou-se que, sob a instituição de uma theoria légal, se podia graduar a pena conforme o grão correspondente da prova produzida. E como, servindo-nos das expressões de um escriptor moderno (13), a extensão da culpa deve-se medir pela consciencia que délia tem o culpado, imaginou-se que a pena extraordinaria por si mesmo se justifica ; ao mesmo tempo outros autores, partindo de outra idéa, e jamais reconhecendo nos indícios uma prova sufficiente, julgaram que neste caso devia-se declarar a prova imperfeita, e applicar a pena extraordinaria (14) ; mas esperamos demonstrar mais tarde que uma

(10) Stuebel *Do Corpo de Delicto*, g 259-297 ; Bauer, *Principios* § 133.

(11) *Carolina*, art. 23-80.

(12) A lei bavara, art. 286, trata ainda da meia prova.

(13) Gatis, *Ensaio de reforma legislativa*, n. 1 g 92. (14)

Jarmignani, t. 4, p. 223-226

[lei bem feita deve acolher como completa a prova por indícios; que, nem a *pena extraordinaria*, e nem a *absolutio ah instantia* podem por em seu momento resistir à crítica; e concluindo diremos, que, não tendo razão de ser quanto a nós a divisão da prova em perfeita, e imperfeita, não pôde razoavelmente ter lugar a questão da prova plena e inteira.

Dividiu-se ainda a prova em *natural* e *artificial* ou *circunstancial* (15), como explicaremos mais adiante. A primeira, que também se denomina imediata (16), convence directamente o espírito dos jurados de certeza quanto ao objecto, cuja realidade se tratava de demonstrar. Pelo contrario a segunda baseia-se em motivos, que não são conclusivos, mas por meio de indução, que permitem. (17)

A prova *natural* comprehende, segundo as idéas communmente recebidas, todos os meios fundados na evidencia material, em opposição aos indícios, que constituem a prova *artificial* ou *circunstancial*. Aquelles mesmos (18), que não querem reconhecer jamais prova completa nos indícios, não poderiam negar a existencia da prova artificial, desde que reconhecessem, que a prova e a certeza são expressões synonymas. À primeira vista parece, que a prova natural dá ao jurado maior segurança, e que por conseguinte o legislador só a ella deve attribuir a faculdade de motivar a applicação de todas as penas ainda as mais severas : e com effeito, desde que não se tem razão alguma de desconfiar do testemunho dos sentidos da-

(15; Por exemplo, Bentham, *Tratado da Prova*, t. 3, p. 1.

»

(16) Tittoni, *Manual*, ., ff 869. —Vide também Heinroth na *Bewusstseins*, n. 42, pag. 257.

(17) Bauer, *Principios*, §, g 186 ; Ranft, *Da Prova*, g 42.

(18) Carnignoni por exemplo.

quelle que depõe, opera-aé immediatamente a demonstraço dos factos, em quanto que a prova artificial, go,, opéra a convicçoSo coiu o auxilio de conclusões as vezes frageis, e da relaço intima, que existe entre circuostancias numerosasJ reunidas pelo acaso, e cuja aceitaço, ou regeiço, dependera do espirito; porém apezar destas objecçOes especiosas, haja lembrança do que dissemos; a maior parte dos meios de prova nao se baseao, corao se suppõe, na evidencia material, e «é erro attribuir à esta ffepposiçôLo a confiança, que os mesmos podem inspirar ; é mister antes de tudo que o espirito os examine, os analyse, e so depois de ter passado por uma série inteira de raciocinios, é que elle acredita na sua veracidade, e se convence da realidade dos factos sujeitos à demonstração (19). Se, pois, conseguirmos demonstrar, como esperamos, que tambem os indícios fazem prova completa, sendo o seu mecanismo identico ao de todos os outros meios, dever-se-ha concluir, que nenhum objecto pratico lem a divi-33.0 em prova natural e artificial.

## CAPITULO XVII

DO ONUS DA PROVA, ESTA EXPRESSÃO PODE TER UM SENTIDO  
RIGOROSO NO PROCESSO CRIMINAL ?

Aquelle que, tomando em consideração as observações, que consignamos acima, reconhecesse as diferenças, que distinguera a prova em materia civil e em materia criminal, convencer-se-hia facilmente dos inconvenientes, que appareceriaão, se se desse demasiada importancia as analogias dos dous processus, e se quizesse eiTadamente transportar para o segundo os caracteres, que sô convem ao primeiro. A' primeira

(19) Abegg, *Tratado do Proc. crim., segundo o direito com.mv.rn.* Hænisberg, 1833. S 93, na nota p. 225.

viata parece que esta observação gérai séria também appli-cavel aquelles que, tratando da *obrigação de provar*, a in-cumbissem mais especialmente a uraa das partes no processo criininal. A questao do onus da prova, dir-se-na, quando muito poderia ter lugar no processo por, via da accusação ; no quai apparece um accusador articulando factos, perseguin-do a reparação dos seos direitos lezados, e collocando-se era face da parte, que por elle é accusada (1), de sorte que todo o processo é um combate singujP entre ambos ; e que cada um, procurando convencer o juiz a seu favor, é por isso obri-gado a produzir a prova ou a contra prova, e que a absolvi-ção torna-se a consequencia forçada da falta de prova, que dévia fazer o accusador (2). Mas no processo por instrucçSo já nao se trata siraplesmente da prova da accusação ; nelle se vô um magistrado encarregado pelo poder social de procurar a verdade, qualquer que ella seja, pro ou contra ; o quai obra silenciosamente. Longe de affirmar, como o accusador no outro systema, procède pela duvida; nunca começa articulando uma accusação, que poderia prejudicar injustamente ao accusado ; em uma palavra, todo o processo de instrucç&o consiste na pesquisa estudiosa e constante de todos os materiaes, de modo a esclarecer o juiz,. e a colloca-lo em circumstancias de pronunciar.nem sempre uma condemnação,mas sempre uma sentença justa. Portante o instructor nao deve tomar s6 a cul-pabilidade por unico ponto de mira, mas a verdade ; devçrâ fazer sobresahir com igual cuidado todas as circumstancias favoraveis ao accusado ; poisque a certeza, mesmo em relação à eulpabilidade, nao poderia existir, era quanto pairasse a minima duvida sobre a realidade dos factos constantes da ins-

(1) Oarmignani, t. 4, p. 57.

0) L. 6. *Cod. de Volo-malo*. - L. ult. *Cod. de Probation*.

trucçSo. Em relação sômente â- imparcialidade obrigatoria do magistrado instructor é que repetimos ser pouco exacto dizer que lue incnmbe o onus da prova da accusação ; incumbindo ao accusado o da prova da defeza.

Entretanto esta conclusão talvez seja demasiado superficial. Ao lado das differenças que distinguent o System a da accusação, e o da instrucç&o, existera sempre em ambos os systemas caractères communs, que derivao do processo em gérai, do quai é o processo criminal uroa forma especial. Assim tanto em um, como em outro, ha duas partes em frente uma da outra ; ha sempre lucha sobre o fundo das allegações da parte que accusa contra a que se défende ; ha ainda lucha entre os articulados de factos destinados\* a fazer triumphar prétendues contrarias. — No processo por instrucç&o a parte autora é a sociedade, ou o poder, que tomou por orgao o magistrado encarregado da pesquisa dos crimes, e que, pelo seu intermedio, faz valer o seu direito ao castigo do culpado. E nao obstante este processo nao basear-se em uma accusação em forma, todavia é preciso redbnhecer, que uma *accusação* qualquer vem iuiciar o processo, e motivar medidas publicamente tomadas contra o réo ; é sempre este o ponto de partida. Um crime foi commettido, e em todos os casos uma accusação positiva surge no momento, em que começa a instrucção especial; poiv que ha um crime articulado, e um accusado formalmente designado. Entao o poder social, quando affirma que o accusado deve ser declarado culpado e punido, certamente *é obrigado a provar* os factos, cuja existencia motiva a applicação da pena (3), E nao se argumente aqui com o famoso adagio. — *Quilibet præsumitur bonus, donec coiitrarium probetur* (4) ;

(S) Ordenação crim. prutsiana, g§ 360-364.

(4) Bolin, de *Deliftor. Probat.*, p. 152; Beuthom *L'ratado da Prova*, U, p. 13 etc.

porque esta presumpção de virtude não altera a essência das coisas ; além disso não está consagrada na lei (5), e levaria bem depressa as mais falsas consequências. Consultar a marcha do processo, e ella nos mostrara claramente que os actos da instrucção são dirigidos contra um individuo designado como o autor provavel do crime. Finalmente esta presumpção seria completamente superflua (6) ; independente d'ella subsiste o principio — que a prova dos factos da accusação incumbe aquelle que, por causa de illegalidades commettidas, esforça-se em sujeitar um cidadão a pena de uma condemnação judiciaria ; porque longe estaria de ser sufficiente o limitar-se a affirmar a sua culpabilidade ; e violar-se-hittó as leis da justiça, se, por causa da simples allegação não pTovada de uma contravenção, se decretasse contra o accusado um prejuizo légal. Seja como fôr, é do processo por instrucção que dimana a unica regra fundamental, que é a seguinte : — sendo a verdade o fim das investigações do magistrado instructor, este deve esforçar-se em desfazer todas as duvidas, e ainda quando as provas contra o indiciado pareçam irrecusaveis, deve applicar-se com cuidado a torna-las completas, e a provar a certeza tanto quanto fôr possível, devendo ao mesmo tempo tomar em consideração as provas, e quaes-quer meios favoraveis a defeza, (7). Por fim de contas deve-se sempre recorrer à theoria que vê na certeza o producto de um exame consciencioso, e do estado do espirito, em que os motivos affirmativos attingem um tal grão de preponderancia, que fazem desaparecer a duvida e os motivos de crença

(5) Martin, *trataio do processo crim.* g 12, not\*, 9.

(6) Werber, *Da obrigação de fazer a prova*, nova edição de Hesler p. 95.

17) Vid« o *Vrocno crim. comp.*, 1.1, ap. 00 in fine.

na possibilidade da negativa. O juiz tem necessidade de basear a sua certeza em relação aos fatos imputados para decidir, se a accusação é ou não fundada : é mister pois que o magistrado instructor não deixe passar sem exame nenhum indício útil à defesa; deve ouvir sobre todos os objectos as testemunhas, mesmo aquellas que, segundo o autos, só poderiam servir para a justificação do culpado ou para a attenuação da prova contra elle. Por este meio (8), ainda que o indiciado despreze os pontos favoráveis à sua defesa por timidez ou falta de conselhos, a sua attenção é quanto a elles forçosamente despertada; não obstante as suggestões geralmente proscriptas (9) ; todavia na pratica, se estas têm a prova da defesa por objecto, não são reprováveis. (10) Em resumo, e considerando em toda a sua extensão os deveres do magistrado instructor, reconhece-se que elle não é um simples accusador, e que seria erro impor-lhe especialmente o onus da prova contra o accusado; porém, de outro lado, vendo-se as cousas no ponto de vista do accusado, é também verdade que não se pode contestar a este o direito de exigir, antes da condemnação tornar-se possível, a prova completa dos factos Contra elle allegados, e cuja existencia o torna passível da pena indicada. (11)

Passemos agora a outras considerações. A accusação não se appoia somente nos factos exteriores ; ella affecta em grande parte a questão da intenção ; e esquadriha a consciên-

[8] Já a Carolina no **art. 47** impõe esta obrigação ao juiz.

(9) Sobre o verdadeiro sentido desta proscriptão vide : Parat, das *Suggestões*, p. 165 ; Tittmann, *Manual*, III, p. 393.

(10) *Código Penal bavaro*, **art. 185**.

(11) Vide o *Proc. crim. camp.*, t. 2. **cap. 111**, p. 150.

«A alma humana, cuja profundidade não pôde ser penetrada pelas sentidos exteriores do observador, e cujos segredos se podem ser conhecidos com o auxílio da instrução tirada dos factos exteriores. Ora, parece que o magistrado instructor se pôde dedicar\* à demonstração dos caracteres materiais do crime, sendo difícil exigir dele a prova rigorosa do discernimento, ou da intenção criminosa; depois de provados os factos materiais, são os juizes os competentes para resolver affirmativamente sobre a questão da intenção. Mas e longe de mais, quando, partindo de muitos erros, estabeleceu-se como principio que a intenção criminosa {dolus} sempre se presume (12) ou, ao menos, que é contra o indiciado a presumpção de discernimento (13); e que por conseguinte a elle incumbem a obrigação de destrui-la. Confundiu-se geralmente duas ideias, o que não se deveria fazer; porque a intencionalidade se verifica na maioria dos casos com o auxílio das presumpções e por via de induções: acreditou-se na existencia de uma presumpção legal (14) da intenção criminosa: o que não é exacto. Argumentava-se com diversos textos das lidas humanas (15); mas hoje esta reconheceu que estes textos não consagram a dita presumpção. A intenção entra no articulado essencial da accusação; porque nos termos da lei a pena não pode ferir senão aquelle, que commetteo o crime maliciosamente; e se é certo, por exemplo no caso de homicidio, que o accusado tem direito de exigir, que se prove a verdade da prevenção, tambem se lhe deve reconhecer o

(12) Tal era a opinião primitiva de Feuerbach, *Tratado*, § 60.

(13) Tal é a opinião do Feuerbach, *Traido* (nova edição), f 86.

(14) O art. 43 do Código bavarico. «Estabeleceu-se como principio esta presumpção.

(15) A este respeito vide Wening, *Artk, do JHr. critm.*, t 11, n. ».



direito de exigir que se prove uma parte especial da prevenção, isto é, a intenção de «commetter o crime (16J, Finalraente de se poder presumir que todo o homem é inteligente, e que obra com doliberação,. não se segue forçosamente que o agente accusado de um crime fosse movido por uma vontade culposa. E' muito natural que durante a instrucção, achando-se o juiz peraute os vestigios materiaes do crime, e as circunstancias do facto, que tornao verosimil o *dolo*, tome estaverosimilhança por ponto de partida, esupponha a existencia do *dolo* (17) ; entretanto de modo alg»m se pôde julga-lo dispensado de pesquisar com o maior cuidado, tanto as circunstadcias accessorias, que possão corroborât as provas contra o indiciado, ,como aquellas,que possão constituir umaaiustificação util ao mesmo. Quando mais tarde se tratar de pronunciar a sentença, incumbira ao juiz compaginar com auxilio do raciocinio as explicações dadas pelo indiciado sobre o acto imputado (18), com as circunstancias accessorias, que constao da instrucção; e procedendo por via de inferencia e de conclusao (19), tomando as mesmas circunstancias por guia, decidirá se ha crime ; é por isso que no caso de homicidio a posição e a forma das feridas, as ameacas anteriormente proferidas, devem dar-lhe os elementosda sua convicção. Deve-se confessar, porôm, que a maior parte das vezes o dolo não se demonstra senão com o auxilio do raciocinio ; mas d'ahi a dizer que elle é o objecto

(16) L. 6. God de *Dolo malo*.

(17) *Arch. de Mr. crim.*, 6, p. 364.

(18) Por exemplo : quando o indiciado affirma que houve sômente MW-|  
*pruencie*.

(19) O dolo tambem pôde ser demonstrado com auxilio dos indicios nos  
termes de um rescripto impérial de 1594 g 68.

de uma presumpção légal vai muito : fie' onãra sorte naoi havia necessidade de que elle fosse demonstrado, e o accusado seria obrigado desde o principio a provar a sua nao existencia (20). I

O discernimento tambem nao se présumé aos olhos da lei; sempre que o indiciado sustenta nao o ter, nega o dolo, e é dever do instructor colher.e verificar todas os materiaes,que possam prova-lo, assim como verificar officialmente todas as circunstancias, por menos importantes que sejam, que possam mostrar, como verosimeis, as allegaçô%os mais ou menos justificativas do accusado (por exemplo a embriaguez) ; e a justiça tambem exige, que, quando mesmo o accusado nao allêgue a doença de seu espirito«(21) o instructor, se fôr preciso,o faça examinar por peritos no interesse da verdade (2,2) : basta para isto que alguma duvida appareça depois do depoimento das testemunhas, ou que o accusado dénote certa extravagancia de gestos e postura. Ainda aqui os juizes tomam as circunstancias accessorias por termos de comparação, e decidem por inferencia, nao sendo jamais a sua decisao o producto de uma presumpção légal; com effeito, que necessidade baveria de recorrer a tal argumento, quando na causa o accusado nao se defendeu por uma allegação defalta de discernimento, on quando se demonstrou a inexactidão das suas justificaçOes, ou finalmente quando as circunstancias nao deixam sobre este ponto margem â duvida ? Certamente, é muito natural pensar que os juizes

(20) Vide a *IntroducçOo Á arte da defesa* pelo autor, g 44 ; Rossi, *Tratado do Direito Pénal*, t. H, p. 228 — 243 ; Rosshirt, *Exposiç&o dos principios do Dtreito pénal*, p, 221.

(21 Além disso, é naturel, que aquelle, cujo espirito estiver realmente doente, nSo allegaiã por si esse estado.

{22) Vide sobre esta questão — *Quando é necessario a emploratio mentis t* — o Proc. crim. comp., t. 2, cap, 160.

v&o buscar as provas da imputabiidade nos proprios factos e na sua natureza, na postura e respostas do fccusado ; e que raciocinando do conhecido para o desconhecido é que cheguo a convencer-se de que o indiciado tinha consciencia do acto no momento em que o praticou (23).

As analogias do processo civil têm feito considerar as justificações fornecidas pelo indiciado em relação as circunstâncias do facto, que lhe s&o favoraveis, como verdadeiras excepções, recaindo sobre elle a obrigação de prova-las. Mas este raciocinio é uni dos mais falsos e mais perigosos. A mesma confusfo que reina frequentemente no dîle^o civil nesta materia, encontra-se no processo criminal em que se introduzio tal principio ; e assim como se tentou classificar no principio sob diversas denominações as excepções que o, réo pôde produzir, assim tambem os antigos criminalistas tratarao da *exceptio alibi*, e da *exceptio culpæ*; e não obstante terem cahido em desuso estas denominações nos tempos modernos, todavia sempre permaneceu em alguns espiritos a opiniao de que em materia de excepção (no caso por exemplo, da légitima defeza) a prova incumbe ao indiciado \24). Ora esta opiniao mesmo restricta a um pequeno número de casos é iusustentavel em materia de processo criminal (25) ; e produzio grande»

(23) Sobre a presuuição de discernimento vide Helpp. *Ensaio de jurisprudencia crim.*, n. (i; Eosslinii, *Kxponçiloetc.* p. 218.

(24) Vide tambem Stubel, *Processo Crim.*, § 2334.

(30) Gmelin, *da AdministacHo da Jasliça crim.*, 'p. 106-175; Rosshirt, *Exposição dos vrincipios de Dir. pénal*, p. 220.

inconvenientes sendo applicada pnncipalmente â confiee parcial (qualificada). Com effeito <sup>TM</sup>*vi* <sup>\*\*</sup>»«*V* <sup>\*</sup> <sup>n</sup> <sup>o</sup> acontede aqui o mesmo que no processo civil, no quai o réo, nao obstante confessar os factos, que servem de base a de manda, todavia allega, pelas excepções introduzidas, que estao destruidas as relações de direito primitivamente gera-das pelos mesmos factos. Com a excepeao do pagamento ou da compensacao reconheca fundada a pretensão origmana do do seu adver'sario; mas ao mesnro tempo sustenta que o m-culo iuridico foL destruido, sendo entao o caso de applicar a ««tas-AS ««\*-\* 0 «\*r. Mas em ^teria cn-minal, quando o indiciado usa destas defezas, que se quer considerar como excepçõesj nunca reconhece a accusação como fundada ; e quando prétende ter-se achado no caso delegitima defeza, nega o dolo. parle "essencial do delicto. Nao basta que existao os caractères essenciaes do crime, para que a accusação tenha ganho de causa, e para que Tito» seja con-vencido do assassinato perpetrado na pessoa de Sempromus as suas explicações com o fim de demonstrar que elle nao e o autor do acto imputado, ou que nao o «\*<sup>TM</sup>^ porque é accusado, constituem uma justificação indivirfvel que tem por fim evitar em parte ou toda a pena. Mesmo quando allega o caso de légitima defeza nega dolo,epe Inde destruir as conclusses que se podessem toatJo <sup>\*\*</sup>> para a intenção; esforça-se em tornar P»\*^«^ sua innocencia aos olhos do juiz e em <sup>\*\*</sup>«<sup>a</sup> Preve ^ de que uma vontade criminosa guiou a sua mao Se\_ e qu^

retira a actos posteriores ao imputado ; se se nos trouver o exeraplo do ladr&co, que restitue a cousa furtada (nos paizes, nos quaes a restituicao voluntaria livra da pénal ainda persistiremos era nossa opiniSo : neste caso como sempre, tratar-se-ha de uraa affirmacao de facto désti-nado a evitar a applicação da lei pénal : sera snfficiente que o tribunal nao a considère totalmente inverosirail.

## CAPITULO XVIII

### PROVA DA ACCUSAÇÃO ^

Já dissemos e repetimos, que a natureza do processo por via de instrucção exige antes de tudo a imparcialidade do juiz Instructor ; que deve procurar, nao tanto as provas da culpabili-dade do indiciado, mas principafniente as que servem para ! a manifestação da verdade, e para dar ao juiz definitivo os raios de decidir, segundo a justiça, da procedencia, ou iiripro-cedencia da accusação ; neste sentido a instrucção forma uma obra de uma sô peça (1), nSo podendo separar-se a prova da accusação da da defeza î assim deve procéder o instructor em todos os meiosde prova, que emprega; por exemplo, quando in-terroga as testemunhas, deve consignar com igual cuidadotudo quanto nas suas declarações parecer favoravel â defeza ; e se uma testeraunha referir-se a um facto grave, se disser, por exemplo, que o accusado é sujeito aos ataques de uma doença mental, deve investigar afnndo a verdade desta asserçfto.

Mesmo na occasifto da sentença defmitiva (2) nao existe a re-ferida separação da prova ; o juiz tem nas suas maos os mate-riaes compactes, que recebeu da instrucção : calcula a somma dos dados, que elles lhefornecem, e, sendo a convicção prodûcto

(1) Vide tâobem Abegg, *Tratado do Proe. erim.* g 148.

(2) Vide o *Processo erim. como.*, t. 2, cap. 187 el88.

da lucta entre as razOes pro e contra, pesa e aprecia justamente todos os diversos rneios, que na causa contendem entre si ; depois a sua convieção se produz segundo os resultados do «seu exame. Se o accusado confessa, o tribunal deve, antes de prestar fé à connasão, examina? as circunstancias, que esta encerra, comparando-as com as de facto já provadas, e se, confessando o acto, o accusado nega o dolo, sem apresentar formalmente prova, que o justifique, deve, antes de proferir a sentença, pesar com exactidao todas- as circunstancias, que possam fazer presumir a nao existencia do dolo.

Considerando-se porém a prova em si mesma, em sua natureza,, concebe-se entao perfeitamente a divisao em prova da accusaçEo, e prova da defesa. A' primeira classe (3) pertence a prova dos factos, que demonstra a existencia do acto imputado, o quai sujeita o indiciado. à san'ocâu da lei pénal (4)» Esta prova exige todos os esforços do magistradoioatructor ; que deve recorrer a todas as fontes» que podem facilitar a verificação«dos factos contra o accusado ; nao devendo omittir nenhuma das formalidades legaes, as quaes sô por si podem muitas vezes autorisar o juiz do plenario a considerar a prova snficiente : finalmente deve desfazer todas as duvidas, que possam tonnai\* incertoo seu resultado.

A prova da accusaçEo ainda tem maiûr importancia ;. pois que ô necessario que ella sejainteira e complêta, para que possa ser decretada a pena ; e ella sô pôde ser considerada plena e inteira, quando se tornao juridicamente certos todos os factos, que motivao a applicação desta\*.

Os objectes principaes da prova da accusação sao : 1.º A verificação do ponto de facto, isto é, da existencia de todos os factos, dos quaes résulta a materialidade do. acto dm-|

(3) Tittmann, *Marnai lit*, g 841,

(4) Vide o meu *Proc. crim. comp.*, t. 2, cap. 158.

«

putado ; a morte, por exemplo, no caso de homicídio ; a verificação dos factos característicos do crime (por exemplo da propinação do veneno) ; a verificação dos factos que se prendem ao crime especial, que se trata de punir (por exemplo. a escalada no caso de roubo) ;

2.\* A demonstração da participação culpada do acusado no crime ;

3/ A investigação do seu estado mental, e da sua vontade no momento do crime ; afim de que se possa apreciar, se houve dolo, ou simplesmente negligência ;

4.º A manifestação da premeditação, quando a accusação versa sobre um crime, do qual a premeditação é um dos elementos essenciais (5) ;

5." A pesquisa da direcção da intenção. quando elle deve ter tido por objecto o acto imputado (6) ;

6." A demonstração da concordância perfeita entre a intenção, e os factos imputados, que se lhe assigna como consequência, ou a da imputabilidade, que em razão destas consequências pode ser attribuída ao agente (7).

## CAPITULO XIX

### PBO VA DA DEFEZA

Quando se considera a prova objectivamente, e como synónimo da palavra certeza, é pouco conséquentemente querer oppor-lhe a *conWdi^prova*. Além disso, mesmo em relação à administratis) Exemplo : para que a pena do assassinato possa ser pronunciada, é preciso que a premeditação esteja provada.

(6) Exemplo : no caso de dolo.

(7) Quando o acusado confessa que só quiz ferir a sua vítima, e entretanto esta morreu em consequência dos ferimentos.

ção da prova esta expressão só acha justificação no processo criminal alemão (processo inquisitorial) ; porque seria preciso supôr analogias, que não existem entre este eo processo civil; e vêr naquella também duas partes em frente uma da outra. No processo accusatorio dos antigos podia haver sem duvida prova da accusação, no sentido de recahir sobre o accusador o onus da prova da accusação, e prova da defesa no sentido de recahir sobre o accusado o onus da prova da sua defesa. Mas este Systems não p>de ser completamente applicavel ao processo accusatorio moderno, o qual admite um magistrado instructor, procedendo à informação da mesma sorte que no processo inquisitorial, preocupando-se antes de tudo com a manifestação da verdade (1), e tomando em consideração os interesses do accusado ; que finalmente admite uma verdadeira theoria légal da prova, cuja regra não pôde ser infringida pelo juiz. — Nos systems mixtos, como o que vigora em França, parece à primeira vista ser mais facil separar-se da prova da accusação a da defesa ; pois que o accusado é confiado aos cuidados de um defensor, que parece ter por missão produzir a prova da defesa (2) entretanto é ainda o systema inquisitorial, que domina na marcha do processo (3) ; porquanto o direito conferido ao presidente de fazer comparecer immediatamente na audi-encia qualquer testemunha fora do número das que estão inscritas nas listas notificadas (4), de *tomar*, em uma palavra,

(1) Martin, *Tratado dos proc. crim.* § 187.— Vide o *Proc. crim. comp.* do autor, t 2, cap. 218; Abegg, *Tratado do proc. crim., segundo o direito commum*, p. 289.

(2) Vide o *Codigo et instr. crim.*, art. 815-

(8) Vide *Proc. crim, comp.*, t. 1. chap, 32. n. 6, tn/lne

(4) Vide *Cod. instr. crim.*, art.269.



*sobre si o quejylgar util para descobrir a verdade (ô), demonstra claramente a indivisibilidade das provas da culpabilidade e da defesa.*

Na Allemanha durante todo o processo, que é de instrucção, a manifestação da verdade constitue o objecto constante dos esforços do inquisidor : qualquer que seja a natureza das provas, de que pôde lançar mão, elle as applica a todas as circumstancias, quer contrarias, quer favoraveis ao accusado: de sorte que, Cumprindo fielmente o seu dever, produz igualmente a prova a favor do accusado, e renne todos os materiaes uteis para a defesa. Quando pois se falla isoladamente de uma ou outra das duas provas, é em um sentido especial ; trata-se principalmente da demonstração dos factos, que tem por fim destruir a imputação ou defender o indiciado, demonstração, que tem por ponto de partida, ou as petições formaes feitas pelo indiciado no curso da instrucção, quando toma sobre si a tarefa da sua defesa *material*, se assim se pôde dizer [ & ), ou uma allegação de factos justificativos (a allegação da ausencia), ou enfim que se baseia nas provas espontaneamente produzidas pelo defensor (7).

Quiz-se por vezes conceder um favor excessivo a esta prova (8) : chegou-se até a sustentar, que uma testemunha inquirida irregularmente, ou justamente defeituosa, devia ser crida no seu depoimento só por ser favoravel à defesa. Mas isto é dar à defesa facilidades (9) tão amplas até o absurdo ; os meios de ob-

(5) Vide *God. instt.crim.* art. 968.

(6) *Introducção d arte da defesa*, pelo autov, §5.

(7) *Id.* 8 65.

f8) Cramer, *Opuscul*, t. 4. p. 191 ; Otto, *De favore defetu*. Geiss. 1718.

(9) *Introducção a arte da defesa* § 18.

ter « certezn s5o sempre os mesmos; e o jtriz tiao pôde te outros, quando trata de nssegurar, que a verdade esta do lado do accusado ; offende-sé o bom senso, e desconhece-se de um modo funesto oa.direitosdasociedade, quando, por sequerer subtrahir pindieiado a uum peua merecida, afrouxão-se as roedidas de prudencia, que sao sempre os mais seguros giiias no carinho da verdade *ilO*)- E\* mister restringir dentro dos limites rasoaveiso favor. concedido à. prova de defesa. O mais que se- pôde dizer- é que. a accusacao deve ser provada, para queo juiz;a possa ad-Imittir eomo procèdent©. ; nao podendo elle declarar culpado o indiciado, emquanto restar duvida ; puisque esta sô por pi,-je isufficiente para constituir a verosimilhança em proveito do mesmo. Dp-nde.se segue, que, se nao houver mais do que uma testemunha affirmando que se deu o caso de légítima defesa, ou se muitas testemunhas suspeitas attestarem a ausencia do indiciado em outro lugar, é isto bastante sem duvida para impedir a condemnação ; porque é principio corrente, que todos os casos duvidosos se interpretao favoravelmente ao réo (11).

A mais importante das divisOes que se tem feito da prova da defesa (12) é a de prova *directa* e *indirecta*.

A primeira tem por objecto factos, que vem directamente destruir- a prova da accusacao (por exemplo uma testemunha affirma que durante a rixa o indiciado conservou-se tranquillo, entretanto que outras affirmão, que elle nella tomou parte).

A segunda tem por objecto factos que, vindo destruir as consequencias légítimante tiradas da prova da accusacao, tor-

(\0) Vide a este respeito a sabia disposição do codigo bavaro, II, art. 336.

Cli; Encontra-se-ba o desenvolvimento deste principio na *Inrodução à arle da defesa*, pelo autor, § 65.

(VU) Feuerbach, *Tratado do direito pénal*, § 570 : Stabel. *Proc. critn.*, § 1094.

nao por isso mesmo impossivel a applicação da pena, oídimi-  
nuem o seu vigor.

A prova *directe* da defesa se subdivide, segundo o seu fim isto é, ou ella édestinada a deinonstrar, que sao inexatos os factos articulados na fornaação da culpa provando o contrario (13) ; ou é dirigida contra as proprias provas affirmativas (14). No pegundo caso ainda se deve distinguir ; a prova pôde ser destinada a demonstrar a irapossibilidade, ou a inverqsimi-  
lhança compléta da accusação (15) ; eu a destruir o valor dos meios de prova empregados pela accusação, on pelos seus vicios materiaes (16), ou pela omissão de formalidades (17) ; -final-, meuto ella pode consistir no complexo de provas, que domona-  
treio o contrario da prova da accusação ( 13).

. Entre as provas pela impossibilidade distingue-se a que se chaína excepção *alibi*, ou *aegatioa de luyar* (*neyaUwi loci*) (19) ; mas nao é uma verdadeira excepção ; pois que nada mais é do que uma simples denegação emanada do accusado, e ao mesmo tempo uma demonstração de ter sido visto em um outro

(13} Exemple : duas testernuulias affirmão a siiceridade de uma allegação do indiciado, e duas negão.

(14) Exemple : o indiciado demonstra, que forão peitadas as testemunhas, que depoem cbnta elle.

(15) Exemplo :um indiciado no crime de forçamento prova que é impotente\_

(1C) Exemplo : o indiciado demonstra, que as testemunhas forão peitadas,

, (17) Exemplo. : o indiciado demonstra a irregularidade do jnramento das testemunhas, ou que este foi deferido por um magistrado incompetente para o fazer.

(18) Exemplo : as testemunhas da defesa affirmão precisamente o contrario daquillo que affirmão as da accusação.

(19) Hurlebusch, *Dissertações de direita civil e eriminal*, lif. I h. 14.

lugar determinado', na occasiao em que o crime foi commettidoQ> e por consequencia de nao ter podido achar-se ao mesmo tempo no theatro do crime (20).

A prova da defesa *indirecta* consiste, ou na demonstração dos factos, que vem destruir as consequencias, que decorrem de outros factos da accusacao, e que por isso dao ao juiz a convicção de que o acto imputado foi consumado de modo diverso, e mais favoravel(21) ao indiciado, do que pareciao fazer crer a accusacao, e certas circumstancias affirmativas (22) ; ou na producção de factos, vindo corroborar a verosimilhança das restricções contidas em uma confissão *qualificada* emanada do accusado (23); ou na producção de factos constitutivos de uma situação, que, segundo a lei, livra da pena (24) ; ou finalmente na de factos que a attenuao (25). — Em relação a esta prova indirecta, já fizemos ver mais acima (cap. XVII), que querer transportar para o processo criminal o mecanismo das excepções do direito civil, é cair em uma das mais perigosas *écueilles* fuses.

(20) Convem usar de prudencia no exame da excepção alibi. — Video *Proe. crim. comp.* t. 2, cap. 187.

(21) Exemplo : o indiciado afirma um facto, que tende a demonstrar a ausencia da vontade culpavel.

(22) Esta prova é muito importante quando a lei admite a *presumpção de dolo* ; por exemplo, o código bavaro, art. 43.

(23) Exemplo : o indiciado argumenta com a necessidade da legítima defesa.

(24) Exemplo : o indiciado sustenta não ter feito mais do que obedecer à ordem dos seus superiores.

(25) Exemplo : o indiciado afirma ter cedido a seducção.

## CAPITULO XX

### BELAÇÕES ENTRE UMA E OUTRA PROVA

A produção da prova em materia criminal, quer da accusação, quer da defesa. constitue uraa obra indivisivel, que tera um unico fim, isto é, dar ao juiz os meios de pronunciar conforme à justiça. A sentença é o resultado do exame consciencioso de todas as razões *pro* e *contra* produsida» no curso do processo ; e antes que a certeza, base essencial da condenação, possa formar-se na consciencia do magistrado, todas as duvidas devem ser esclarecidas, e desviados todos os motivos da verosimilhança negativa. E' por isso que nao se p6de cotnpa. rar o exame destas duas provas com aquelle a que se entrera o juiz no processo civil. Entre a prova da accusação e a da defesa nao ha uma separação bem pronunciada : pelo contrario no civil distingue-se perfeitamente a prova, que incumbe ao autor, daquella, que incumbe ao r6o ; entretanto no crime, quando o juiz pesa as provas da culpabilidade, quando, por exemplo, examina o depoimento das testemunhas da accusação, elle tem diante dos olhos ao mesmo tempo todas as duvidas r6sultantes dos factos allegados pelo accusado em sua defesa, todas as que nascem dos factos provados no curso do processo, as quaes tem elle por missao como magistrado (é esse um dos caractères do processo inquisitorial) ex'aroinar a fundo *ea>-officio*. Ainda que o accusado nada tenha allegiido contra a veracidade de uma testemunha, nem por isso deverâ o juiz deixar de tomar em consideração todas as circunstancias, que deponhao contra ella. Além disso, conforme a regra (cap. 17), todos os factos da formação da culpa devem ser compléta e juridicamente provados, para que a pena possa ser decretada ; donde se deve concluir, que a prova da accusação deve ser o primeiro objecto do exame do juiz : e se ella nao contém os caractères exigidos da perfeição juridica ; se por exemplo (em

relação a certos países) uma única testemunha é que sustenta a acusação, não há necessidade de examinar-se a prova da defesa. Entretanto coavém fazer uma observação era relação ao processo alemão : ainda que a prova seja imperfeita, tuas como ella pôde collocar o indiciado em uma situação desfavorável, e motivar, ou a *absolutio ab instantia*, ou a prestação do juramento purgatorio, etc., etc. ; torna-se importante te caso examinar a procedencia da prova da defesa; porque pode acontecer, que ella contradiga, ou atténue de tal sorte os fundamentos da accusação (1), que seja impossivel decretar mesmo as providencias autorisadas pela lei no caso de prova não completa (2).

O juiz depois deve examinar, se o acto imputado foi realmente consummado, e se o accusado foi verdadeiramente o seu autor.

1." A prova pôde ter sido produzida completamente, fazendo-se abstracção da prova da defesa (3); mas vindo esta oppor-se-lhe directamente, mesmo que não se funde senão na verosimilhança, é isto bastante para impedir a condemnação ; porque deixou de existir na causa a certeza, que exclue a possibilidade do contrario. Este caso pode reproduzir-se, ou quando uma testemunha, mesmo unica, depoe a respeito de circunstancias, que não poderiao conciliar-se com a admissao dos artigos da accusação, como certos (4) ; ou quando a prova da accusação

(1) Exemplo: no caso em que se demonstra, que uma testemunha da accusação é inimigo do indiciado ; ou que o seu depoimento esta em flagrante contradicção com a de outra *classica*.

(3) De sorte que em lugar da absolvição da instancia deve ser pronunciada a absolvição definitiva.

(3) Exemplo : duas testemunhas classicas affirmão ter visto A. matar B.

(4) Exemplo : o accusado confessa ter assassinado A. a 21 de Janeiro de 1880, mas **uma** unica testemunha afirma que a 20 viu A. vivo e com saude.

demonstra incompletamente, que o acusado é o autor do facto imputado (5).

2.º Outras provas podem ser oppostas em contradicção indirecta com a prova perfeita da accusação ; entao a certeza deixa de existir, e a duvida nasce do conflicto de attestações contrarias (6). Se a prova da defesa é destinada a combater uraa prova determinada da accusação, uma testemunha por exemplo, convém examinar, se, pondo de parte esta prova, p6de ainda existir a certeza; se a prova da accusação é feita por outra testemunha e pelo concurso de indícios. Para privar de fé qualquer prova, basta fazer valer utn raotivo verosimil de a repellir) por exemplo, demonstrar o suborno provavel da testera unha); porque assim recahe-se naquelle estado de duvida, que exclue toda a certeza.

3." Estando concluida a prova da accusação, se a da defesa nao se réfère senao a circunstancias de facto, que nao sao inconciliaveis com o fundo da accusação, mas que tendem sdmente a tornar mais difficil a crença na culpabilidade do indiciado, a primeira affirmação nada perde por isso da sua força. Em todo o caso é sempre cousa delicada decidir, se se pôde acreditar que um individuo é ou nao capaz de ter commettido um crime : quem se condusio sem mancha até o momento do crime, talvez assim tivesse procedido por hypocrisia ou falta de occasiao ; mas tendo chegado a hora da tentação, a hypocrisia se desmascarou, ou a fraqueza snccumbio (7).

(5) Exemplo : Uma testemunha affirma, que o acusado estava ausente em outro lugar.

(6) Mais adiante trataremos particularmente do conflicto dos testemunhos e do conflicto dos indícios.

.7) Vide Feuerbach, *Caitsas célèbres*, 11, p. 111.

Ainda que a prova do facto exista, e que seja certo ter sido o accusado o autor do acto imputado ; isso nao é bastante : 6(5 a criminalidade résultante de todas as circunstancias accesso-âdas pôde raotivar a applicação da pena, e ella sô pôde ser estabelecida, quando o juiz tivor tirado dos factos da accusação as suas légitimas consequencias. E' neste momento que surge a questao da inteneao, questao puramente de ordera moral, e de provas de consciencia ; é mister entao que o juiz com o auxilio da inducção pénètre a vontade do accusado (8); ou que examine, se aao procedentes as explicações do accusado, se tirao ao acto imputado o seu character punivel (9), e se as circunstancias, que allega, aao realmente atténuantes. Referimo-nos sobre este ponto as nossas observações acima desenvolvidas (cap. 17) ; as allegações do indiciado nao sao excepções propriamente ditas ; e os principios do direito civil, que impoem ao réo o onus da sua prova, nao tem aqui applicação -, o indiciado nao é obrigado de modo algum a demonstra-las, para que possam ser tomadas em consideração, pois basta que pareçam verosimeis para motivarem uma sentença, que lhe seja favoravel. (10).

Tratando-se da prova do dolo, se a imprudencia fôr allegada, e parecer algum tanto verosimil» o juiz nao pôde considérai' o dolo como certo. Tratando-se da prova da légitima defesa, deve ainda o juiz procurai a explicação do facto em todas as'circunstancias accessorias; e se estas autorisáo a con-

(8) Exemplo : houve dolo ?

(9) Exemplo : o accusado prétende nao ter feito mais do que obedecer as ordena de seus superiores.

(10) *Codigo pénal bavaro*, art. 842—848 ; Hitzig, *Annaei de Legislação crim. estrangeira*, n. 12» p. 806 ; Homliorst, *Annuarios do Tribunal Supremo de Baden*, t. g, p. 105.



cluir a probabilidade da allegação do indiciado, a duvida logo se produz na consciencia do magistrado, e a condemnação nao é mais possivel. Finalmente o mesmo diremos das circunstancias atténuantes ; a duvida se interpréta senipre a favor do accusado, e a verosimilhança das suas allegações terá uni a assignalada influencia na gradação da pena.

## CAPITULO XXI

### DA VERIFICAÇÃO JUDICIARIA EM GERAL. DAS FONTES DA SUA FORÇA PROBATORIA.

A verificação judiciaria consiste em um processo de experiencia pessoal, por meio do qual o juiz verifica a existencia de certas circunstancias em fundo decisivas (1), e cuja descripção elle consigna nos autos depois do exame (2). E' mister que estas circunstancias ainda não verificadas, e muitas vezes contestadas, sejam examinadas pessoalmente pelo juiz, sem que este recorra ao auxilio das sciencias especiaes •, outras vezes o exame delias exige sentidos mais exercitados, e é en-tao o caso de recorrer-se a peritos.

;1) Aoontece frequentemente fazer o inquisidor exame local para saber se era possivel ouvir e comprehender claramente as palavras, que se pro-ferirão, ou o motim que se fez pouco distante ; por exemplo, quando uma testemunha affirma ter ouvido isto ou aquillo. e o indiciado affirma que era impossivel que ellaouvisse. —Mas convem não confundir esta *visita local* especialissima com a verificação judiciaria propriamente dita.

(3) A litteratura é muito pobre sobre a materia. A maior parte dos trabalhos scientificos que existia, tratão da averiguação judiciaria em materia civil. Vide, por exemplo, Stryck, *de Jure Sensuum dissert.* 1,2 ; Klert, *de Oculari Inspect. Erlangen.* 1776.—Ou enlão são especialissimos, e não tratão senão do exame do cadaver. Mais adiante teremos occasião de os citar. Kleinschrod foi o unico que considerou a inspecção ocular em materia criminal sob um ponto de vista mais geral : vide os *Antigos archivados de Direito crim.* t. G, liv. 8, e t. 4, n. 1 ; — vide também Kittka, *Da verificação do corpo delicto.* p. 203.

A verificação judiciaria, propriamente dita, toma nm character différente secundo os easos em que a lei, ou mitorisa o raagistrado a procéder a ella sô por si, ou, para mais se asseguar da sua imparcialidade, obriga-o a tomar auxiliares, e testeniunhas, que com elle examinera, cujo exame é corroborado pelo délie, e depois por elle consignado em ura processo verbal collectivo.

Tal é o systema seguidti pela lei austriaca (3) ; onde a inspecção judiciaria sô produz prova légal, quando o juiz tomou como auxiliares du as pessoas dignas de fé, que depositao no processif verbal o resultado das suas investigações (4). Mas no direi-to commum da Allemanha (assim como na França) o auxilio de testeniunhas nao é determinado, e desde que o juiz, na qualidade publica e légal, verificou pessoalmente os factos, as «lias conclusses sao juridicamente verdadeiras. Entretanto >esta qualidade official é uma condição essencial da prova; pois se o juiz sô observou os factos como horaem particular, se os acontecimentos forao por elle presenciados em um pas-seio, as suas obser.vações j& nao podem constituir por si sos a prova juridica ; elle nao é mais do que uma testemunha or-dinaria.

Entrando mais na analyse da inspecção ocular, e oonsiderando-a em relação ao jùizdoplenario, convetn estabelecer uma nova distincção : ou o juiz tem sob os olhos os objectos constitutives de indicios graves, como o instrumento do crime, ou a roupa rasgada, ou o craneo da victima retalhado pelos ferimento, que recebeu (5); ou a dita inspecção nada lhe produzio,

(8) Vide o Oodigo da 1803, 2« parte. §237 — 238—240 (tradurfdio pot V. FoocherJ.

(4) Prato beveza. *Materiaes para servirent d sciencia das leis*, vol. 8, p. 222 ; Jeun 11,0 *Direitucrim. austriaco*, 1\* parte, p. 102,

f5) No processo allemão, segundo o direito commum, estes objectos sao frequenteinente appensados aos autos, e com estes vão ao juiz. —• Vide *Cod. imlr. crim. franc*, art. 133 e 291. — Nota do trad. franc

e sômente acha conaignado nos autos o reaultado das observaçoẽs do inquisidor. Noprimeiro caso parece exacto attribuir a confiança dévida à inspecçãojudiciaria aos motivos deconvicção adquiridos pelo juiz na sua experiência pessoal ; mas no segundo caso já elle nao tem o recurao da évidencia transraittida pelos seus sentidos ; nao pode ter présente o objecte sugeito à verificação : e se aciedita no processo verbal da instrucção, verdadeiro titulo revestido de um caracter publicô, é porque nelle vê a expressao fiel das observaçoẽs feitas pelo inquisidor \*.<sup>17</sup> importa pois, no interesse da prova, que este tenha fiel e completaraente observado, que tenba apanbado tudo o que era util para o seu fim ; e que tenha conaignado corn inteira sinceridade no processo verbal o que realmente vio. Vê-se pois que n'este «caso o jnia nao tem mais por guia a évidencia immediata dos sentidos ; e a prova material, que lhe é fornecida, nao lhe chega senfio por iatermedio do raagistrado instructor, que em relação a elle tornou-se uma verdadeira testemunha ; finalmente no segundo caso a sua convicção é um producto puramente logico. Ha tambemum personagem, cujo papel no processo deve ser bem definido : é o escri \ ão. Encarregado de lavrar os processos verbaes, quai sera a sua posição em relação ao inquisidor. "? Sera livre e independente, e terá direito de s6 consignai- os factoa reaes ta es quaes sao, e taes quaes elle proprio observou / Em lugar de ser um instrumento passivo nas maos do magistrado, e de ter este o direito de, dictando, dispor arbitrariamente da sua penna, terá elle o direito de parar, e recusar o seu offício a um dictado intiél ou inexacte ? Os processos verbaes neste systeina adxjuireui maior força probateria (6) ; o escrivao é tambem uma testemunha, e os factos constantes do processo verbal, duplamente

(6) Por alii se vê que as funcçõesdo escrivao podem **ter major** importancia, do que a que se pensa pommumente. —Vide o *Proc. erim. comp.* t. 1. cap. 39. p. 194.

affirmados por elle e pelo inquisidor, e demonstrados atitenti-  
cw por este duplo testemunho» sao entao submettidos à âpre\*  
ciação do juie do plenario. Mas assim nao acontece • sempre  
?;. infelizmente na maior

parte dos tribunaes (6 bis) sô se vê no escrivao uma maquina  
de escrever, reproduzindo servilmente tudo o que lhe é dicta-  
do; um bornera da escolha do magistrado inquisidor ; neste  
caso o escrivao nao pode ser considerad 1 testemunba, pois que  
nao observa, e nao pode ter alem disso a coragem de resistir ao  
seu supeiioT.

O inquisidor, procedendo a inspecção ocular, faz plena e in-  
teira fê, mas este resultado é devido mais frinfluencia de is  
qualidades, que lhe sao especines, do que ao proprio poder das  
suas fnncçOes publicas. Essas qualidades sao éminentemente ef-  
ficases para garantir a sua veracidade, desde que se applica, para  
conhece-la, os mesmos principios usadog era ma teria de prova  
iestemunhal.Com effeito uma testemunba parece merecer tan-  
to maior fê, quanto melhor se recoubece a sua imparcialidade ;  
que ella observou os factos com mais reflexao, sabendo que de-  
porà sobre elles ; que nao deixou passar desapercebida nenhu-  
ma das circumstancias importantes, omittidas facilmente por  
uma testemunba, que appareceo por acaso ; e que finalmente. co-  
nbecendo toda a gravidade do seu testemunho, redobra de at-  
tencSo e de esforços para nao cabir em erro, e nao fazer cahir  
nelle aquelles, que deverão dar-lhe ouvidos. Ora o inquisidor,  
quand o procède a inspeeção em virtude dos poderes, que a lei  
lhe confère, é precisamente esta testemunba conscienciosa e  
imparcial, observa com sangue frio, previne-se contra qual-  
quer illusao, e te m sempre diante dos olbos a importancia do

(6 bis) NaFranpa o escrivao é nomeado por decreto real, e n5o pode ser  
demiltido polos tribunaes. que sô tem o direito de reprehende-lo, e de de-  
nuncia-lo ao minstre da justiça. Decreto de 20 de Abril de 1810, arti-  
oQ KO,  
8

Nota do trad. franc.

testemunho, que deve prestar. Finalmente, e é o que torna esse testemunho mais forte e grave, o inquisidor iifto vem presta-lo depois de semanas, mezes, ou mesmo annos, como acontece frequentemente com as testemunhas ordinarias nas causas criminaes ; presta-o de prompto, e logo depois de terminado o seu exame ; exame reflectido, e escripto, e cnjoa resultados sa» por elle discriptos ; e entao nao é mais possivel ter receio de coûter o seu testemunho, ede boa fé, conclusses truncadas, embellesadas, ou transformadas pela imaginação desde o momento em que se produzirao, *meio ficlicias emeo verdadeims*.

Ve-se pelas précédenes considerações, que tinhamos razao, quando dissemos, que a fé dévida à ingpecção ocular nao se basea na evidencia dos sentidos do juiz da causa, mas sim em uma evidencia de logica. E' preciso antes de tudo ter fé na exactidûo das observações do inquisidor, no seu amor da verdade, no seu sincero desejo de consigna-la nos autos ; é mister contarcom a probidade do escrivao, e ter a certeza de que tudo, quanto se acha no processo v -rbal, foi com effeito obser-vado durante a inspecção do juiz.

Quanto as origens deste modo de prova, as fontes do direito commura na Allemanha pouco nos illustrao ; e o direito romano nao é mertos pobre, o que nao deve causar admiração (7).

Em Roma o processo cri minai era exclusivamente de accusação : nao bavia inquisidor com qualidade official para investigar a verdade ; a questao litigiosa era por assim dizer todâ *subjecHva*. Tendo pouca importancia a natureza e os caractères materiaes do facto, era inutil fazer do seu exame um objecto especial de investigação judiciaria.

Mais tarde veio aéra do processo inquisitorial, em que o juiz procède porgrãos, e nao dirige directamente contra o accusado

(7) Alguma analogia talvez se encontre nos motivos da *h*, 1, Dig. Inspiciendo ventre, e da L. 6, O. de Re-m«itart.

o processo da instrução, senão quando um crime foi recido provável (8).

Nesta época a inspecção judiciária adquiriu uma importância notável, e então desenvolveu-se a doutrina do *corpo de delicto*, que torna mais decisivos ainda os documentés, que o exame do juiz fornece à justiça (9). Esta prova era considerada necessária principalmente no caso de morte ; pois que era de summa importância verificar antes de tudo (10) a existência do cadáver, e o seu estado, que ordinariamente faz concluir a existência do crime. Por isso foi ella declarada obrigatória pelo direito canónico (11); e nas leis germanicas da média idade (12) encontram-se vestígios do exame do corpo da vítima.

Na Inglaterra este exame é regulado de um modo especialíssimo, e o *coroner* (13) (*coronator*) tem por principal missão verificar com o auxílio de testemunhas a existência do cadáver, e como aconteceu a morte (14).

(8) Vide o *Troc. crim. cum/p.* 1.1, cdp 63.

(9) Bioner, *Rnsaios para servir em a historia do Processo inquisitorial*. p. 94.

(10) Gandinus, *de Maleficiis. lit. de Homicidiariis*, n. 24,

(11) O. 18. X *de Homicid. volunt.*

(12) Stirnhoek. *de Jure Sueoum*, p. 848. — Encontrar-se-hão curiosas particularidades sobre o direito criminal em Âlkemade e Shelling, *Besehry-vmg van den. lande van Voorne*. Rotterdam, 1729, p. 816.

(18) Braton, *du Legibus Angliot*. Hv. 3, c. 5, g 7.

(14) *O Jurisconsulte. Jornal de Jurisprudencia*, n, 1 p. 50 ; Hawkins, *Pleitos da corôa*, 2, p. 78.

an

Estas'idétfe geralmente espalhadas forfto a final reproduzidas *naCorolina* (15), que obriga o magistrado a procéder à verificação judiciaria no caso de homicidio.

Estes principios forao pouco a poaco ampliados a todas os processos cnminaes, e sendo cada vez mais reconhecida a necessidade da verificação pelo corpo de delicto, firmou-se a regra de recorrer â inspecção (16j em todos os casos, em .que o jaiz podesse espérer que ella lhe fornecesse elementos de convicç&o relativamente a certos factos décisives na especie. Era entao gérai a opinião, de que se deviao dividir os delictos em *delicta facti transeuntis* e *facti permanente* ; de que o unico meio de prova para os ultimos era a inspecção judiciaria \VJ)'e chegou-se até ao ponto de deixar de pronunciar a pena ordinaria, quando por acaso o cadaver n&o tivesse sido encontrado. Su modernamente é que este erro foi reconhecido (18): hoje, que domina uma opinião mais acertada, sô vemos nesta *inspecção* um mcio de prova, como qualquer outro, O que como tal nunca deve ser despresado pelo juiz, quando pode ser applicavel, porque serve de verificação das declarações das testemunhas, e alem disso porque o espirito no seu amor da verdade sôfica inteiramente satisfeito, quando reconheoe, que fo-rao empregados todos os meios para descobri-la. Finalmente esta prova nBo é, como outr'ora, obrigatoria ou privilegiada sobre as outras provas.

(15j O. O. O. art 140

(16) Clams, *Prax. crim. quest. 4.*

(17) Clarus, *id. quest. 55, n. 11.*

(18) Vide o *Proc. crim. eomp. 1.1. cop. BU.* que é mais minocioso.

Resta de determinar se as leis modernas da Alemanha, desde que admittiram o systema da theoria légal da prova, não poderiam deixar de determinar exactamente quaes as condições que se devera exigir, para que a «inspecção faça plena fé ; mas esta não é regulada de modo satisfatorio, e não é incluída nas attribuições do juiz, com exclusão de qualquer outro funcionario, pelas legislações que deixam larga margem ás convicções intimas (20) e que, quanto à instrucção preliminar, mostram menos severas nos tramites e meios de chegar à certeza, não obstante prescreverem o seu uso.

Assim, o procurador do rei, ou qualquer outro funcionario, que preencha as suas funções, pode muitas vezes, não obstante a sua parcialidade forrada, proceder pessoalmente a dita inspecção, podendo os magistrados decidir sobre o contexto do seu relatório.

## CAPITULO XXII

(JUANDO SE DEVE PROCEDEBER A VERIFICAÇÃO JUDICIARIA I

Por ser de regra a verificação judiciaria nas informações em materia de homicidio, por ter ella por fim então o reconhecimento da existencia e do estado do cadaver, não se segue que seja esse o unico caso em que deva ser empregada ; é somente um daquelles nos quaes a sua applicação é "muito frequente. A verdadeira regra (1), que se deve seguir, pode ser formulada

(19) *Codigo austriaco*, § 138. — *Ordenação criminal austriaca* § 134.—*Codigo bavaro* § 252.

(20) Vide, por exemplo o *Codigo de instr. crim. da França*, art. 33, 62.

(1) Tittmann, *Manual*, 8, p. 291 ; Kitka, *Da verificação do corpo de delicto*, vide o *Proe. crim. comp.*, t. 1, cap. 90.



lada do seguinte modo : conveja proceder a ella, sempre que o inquisidor tiver esperança de poder chegar por ella à descoberta de um facto importante para a manifestação da verdade material, e para a apreciação rigorosamente exacta do facto imputado.

POT ahí se vê que ella pode ser applicada ao objecto directo do crime (2); aos instrumentos que facilitáram a sua execução (3); a outros objectos que fazem presumir a perpetração de um crime (4); aos proprios lugares, afim de nellor achar indicações sobre o modo desta perpetração (5); ou afim de verificar a sinceridade de certas allegações do accusado (6). A inspecção judiciaria não é pois simplesmente um meio de prova applicavel ao corpo de delicto somente, ou ao reconhecimento de certos factos (7), e, nestes factos, a certos caracteres constitutivos do crime (8); ao da natureza deste (9), ou finalmente ao das causas concomitantes, que tiverem influido nas conse-

(2) Por isso não se applica somente à busca e exame do codo ver no caso de homicidio, mas também a informação sobre o crime de falsidade» o 4 verificação dos titulos falsificados.

(8) Exemplo : aos instrumentos que servirão para o fabrico da moeda falsa.

(4) Exempte : ao fato ensanguentado.

,5) Exemplo : quando se trata de ver, quem poderia ter estado no lugar. e que vestigios ainda existem.

'6) Exemplo : quando se trata de determinar a direcção das feridas em consequencia da chapelet\* da balte.

(7) Exempte : no caso de incendio da casa.

(8) Exemplo : se houve suicidio, ou se os golpes provierão de outra mão estranha.

(9) Exemplo . se houve forte com arrombamento.

quenciaa do actoiroputàdo (10)?Ella é, além ffixso, uma H mais uteis provas para a descoberta meamo do agente Assnn procedendo o inquisidor no exercício de suas funcções, pôde assistir pessoalmente âperpetraeao de utn acto eriminoso (11); ou pôde encontrar no lugar do crime vestigios, e indicios decisivos contra uma pessoa determinada (12). H

A inspecçSo judiciária pôde tambem cõncorrer para a descoberta de circumstancias accessorias, das quãe's se possa concluir a verosimilhança da inteuçao criminosa, e possa résultat a prova da sinceridade das testemunhas f 13)"; contribue para demonstrar que a confissao do indiciado merece credito (14); ou, finalmente, para verificar a procedencia da suadefeza (15).

Além disso é applicavel tanto as pessoas como as cousas, (16) e entre as pessoas, tanto à parte lesada, como aoaccusado (17); concorrendo frequentemente para a manifestaçâo de resultados decisivos o exame ao quai sao sujcitos.

(10) Exempte : se ha no lugar em que jaz o cadaver pedras pontagudas que podessem fazer peiorar o estado do ferido, quando caliio.

(11) Exempte: os Eerimentos feitos por um individuo naquelle contra quem se queixa.

•(12) Exempte : quando se descobrem vestigios, ou signaes do pegadas.

(13) Exempte : quando uma testemunha affirma ter visto pelo buraco de uma fechadura.

(14) Exempte : quando o indiciado déclara que se occnlou desta on da-quella maneira.

(15) Exempte : quando a acousada de infanticidio sustenta que as circunstaucias dé lugar (a calçada sobre a quai a criança fti precipitada) podem explicar as contusões observadas no cadaver.

(16) Exempte : no caso de ferimento, ou de forçamento.

(17) Exempte : o individuo ferido affirma que mordeu o seu aggressor no braco ; examina-se se o accusado tem no braco o signal da mordedura.

## CAPITULO XXIII

### COMO SE PROCEDE A VERIFICAÇÃO JUDICIARIA

1.\* A verificação judiciaria é um acto por meio do qual o juiz se certifica da existencia de certos factos ; mas para que seja regular, e possa servir de base a uma sentença, é mister em primeiro lugar que seja feita pelo juiz criminal competente (1). Muitas vezes, quando se trata de objectos aparentemente menos importantes, o inquisidor delega esta operação a officiaes auxiliares de ordem inferior (2) ; esta praxe é má, e cora effeito, se é verdade que as declarações destes valem como testemunhos, e que, como todas as declarações de uma testemunha singular, podem constituir uma probabilidade da existencia dos factos a verificar, não é menos verdade que nellas não ha verificação judiciaria propriamente dita, isto é, aquella que faz inteira fé ; porque, como já dissemos acima, esta procede de um magistrado imparcialissimo, que conhece toda a importancia do acto a que procede, que sabe precisamente sobre o que deve versar o seu exame, e cuja veracidade é logo depois confirmada pelo escrivão. Portanto seriam justas as criticas contra as inspecções e vistas feitas pelos officiaes de policia (3), ou pelos funcionarios administrativos, que, raras vezes (4), convém dizer-lo, podem proceder com a calma e intelligente circumspecção do juiz criminal. Quando não for

(1) Quistorp. *Principio*, § 1<sup>o</sup> W ; Grollmann, *Principio*\*, g 463 ; *Cott. bavar.*, g 285.

(2) **Exemplo**, para examinaes os signaes de passos em direcção de um para outro lugar.

(8) O *Codigo bairro*, 2<sup>a</sup> parte, art. 19, B. 8, autorisa a policia a proceder a inspecção no casa de urgencia.

posável a este tornar a fazer a inspecção pessoalmente, devera por prudencia chamar todos como testemunhas, e faze-los de^por, à *novo*, sob juramentp a reapeito de tudo quanto observa-rao.

2.\* Em segundo lugar, este meio de prova fornece résulta-dos tanto mais verosimeis, quanto é certo que o processo verbal é lavrado no mesmo lugar e logo depois de ter-minado o exame ; previne-se por esse modo os desvios fa-cilimos de uma memoria infiel, e as lacunns, que sô seriaio mais tarde completadas pela imaginação.

3.\* Este processo verbal (5) deve ser redigido com uma cla-reza perfeita, e os magistrados que nao tomarao parte no exame dos objectos sujeitos a verificacao, mas que vão julgar sobre o conteudo deste documento deverao nelle achar uma reprodução dos factos compléta e palpavel, que os faça, por assim dizer, assistir a propria operaç&o ; por isso convém nao desprezar nenhum dos esclarecimentos que podem comportar, como bosquejos, plantas, etc., etc. (6).

4.» O juiz nao deve limitar-se ao facto roaterial, quando procède k inspecção ; deve lembrar-se que, mais tarde, qual-quer exame tornar-se-hia impossivel, ou que as alterações, que podem dar-se, raodificariao o sen resultado ; deve tambem examinar com attenção todas as circunstancias uteis na ins-trueção ou importantes para a decisao futura, e figurar a si proprio todas as hypothèses possiveis (7) ; deve tomar em con-

(5) Kleieschrod, *AntigosArch....* t. 6, n. 3. p. 24; Pfister, *Causa\* erimi-naes*, p. 600. I

(C) Algumas vezes o inqnisidor e o escrivão mettem-se a fazer por si bos-quejos e plantas, *que sô elle» podem entendu}*-. Fazem mal, pois que neste caso deve-se recorrer a peritos.

(7) Assim, no caso de homicidio pôde haver duvida, se a morte é o resultado de um suicidio ou de um crime. As manchas do sangue no quarto, a situação e o ostado dos objectos existentes ao pé do cadaver tem então grande impor-tancia. Vide o *Proc. crim. corn?.*, t. 2, cap. 192.

So todas as circunstancias accessorias, que possam deter-  
minar os caracteres juridicos do crime, de que se trata na de-  
vassa, e, finalraente, todas as circunstancias de facto, que pare-  
çfto mais ou menos constitutives destes diversos caracteres (8).

6.º A verificacao judiciaria requer a maior celeridade pos-  
sivel : é necessario que as cousas fiquem no estado primitivo,  
e que alteracao alguma se opère de modo a apresenta-la sob  
uma cõr erronea. Quando é necessario o auxilio de peritos, o|  
jui» deve fazer guardar o lugar, e impedir qualquer movimen-  
to antes da sua chegada ; outras vezes procède por si mesmo  
ao exame, quando nao é preciso que este seja feito por ho-j  
mens da arte; deixando de o fazer, e encarregando-o a estes,  
no caso contrario (9). Finalmente, deve durante o exame ouvir  
as pessoas, que chegarao em primeiro lugar, e que sendo os  
primeiros, que observarao as cousas, estao habilitados para  
fazer conhecer em que estado acharao o lugar, e que rfltera-  
çOes houve (10J.

6.º Quando se procède à verificacao judiciaria na occasiao  
em que o processo de informacao é já dirigido contra um  
accusado determinado, pôde acontecer que haja necessidãde de  
obrigaĩ este a assistif a diligencia. Assim se deve fazer, sem-  
pre que as explicações geraes por elle fornecidas nao attingi-  
rem a um grão de precisao necessaria, e tiverera fioado por  
verificar certas circunstancias locaes por elle allegadas *[il]* ;

(8) Por exemplo, no caso de infantioidio. e sobretudo quando se trata das  
consequencias da queda da criança. Vide o *Proccrim. camp.*, t. S, eap. 123.

(9) Mas acontece muitas vezes que a inspecção judiciaria e a vestoria nao se  
podem séparaĩ, sob pena de se prejudioar a uma délias ; por exemplo quando  
se muda de lugar o cadaver.

(10) Dirão se as manchas de sangue forão lavadas ; se o cadaver foi con-  
dusido de um para outro lugar,

(11J Por exemplo : quando se trata de déterminai\* a posição, que occupavão  
estas ou aquellaa pessoas. feyu "i|

eu quando os objectos tiverem de ser reconhecidos por elle M Km todo o caso é util a sua presença no acto da diligencia, e o inquisidor por este raeio podera mais facilmente observât a sua pessoa, ou provocar a sua confissao, proporcionando-lhe a occasiao (13). Além, disso nenhum inconveniente haveria em fazer assiatir logo o accusado ao exame, pois que, mesmo ausente, elle deve ter noticia de todas as circunstancias, e mais tarde deve-se receiar as *suggestões* involuntarias ; assim, mesmo aquelle que nao commetteu o crime, poderia aliegar particularidades taes, que nunca poderiam ser connecidas por um accusado innocente, e uma confissao da sua parte deveria parecer logo verpsimil (14).

7.o Algumas vezes o exame judiciario é i'eito na pessoa do accusado (15) : mas convém nao recorrer a elle senao quando existirem provas bastante fortes já para motivarem a sua prisão preventiva. Esta inspeccao corporal offende a liberdade do individuo, e muitas vezes o seu pudor, e além disso révéla ao publico, que existem graves presumpções contra o accusado: e a regra pois é que sô estas podem autorisar o exame corporal (16). I

8." Nao sendo contestado o principio de que qualquer cida-

[VI] Sobre o reconhecimento dos objectos (*Recognitio*), vide o *Proe. crim comp.* t. H cap. 69. I

[Z] No thentro do crime a voz da consciencia falla com força hesiavel ao criminoso, e o magistrado -procêdera coin acerto nto deixando escapar nada do que ne passa uelle nesle raomento. I

(14J) Quanto mais concordai- a confissao, até nas menores circunstancias, como o número, a forma dos ferimentos, etc., etc.. com o resultado das outras provas, tanto maior fi mereceva.

(V>) No caso de infanticidio, e de forcamento.

(IQ) Orden, crim, da Prussia, g 145 ; Cod. bavaro, g 80.

dao é obrigado a provocar a acção da justiça criminal, que se exerce no interesse da segurança social, (17) e que a instrução ocular é um meio eficaz de verificar a verdade, segue-se que não se deveria negar ao inquisidor o direito de procurar verificá-la em qualquer lugar (18); devendo porém fazê-lo com circumspeccao e prudencia no caso do exame corporal na pessoa offendida (19).

## CAPITULO XXIV

DAS REGRAS QUE CONVENHEM OBSERVAR EM MATÉRIA DE VERIFICAÇÃO  
JUDICIARIA, SOBRE A NATUREZA DIVERSA DOS CRIMES A CUJOS  
PROCESSOS DE AVERIGUAÇÃO SE PROCEDE

É principalmente no caso de homicídio que a verificação judiciaria tem «uma importancia especialissima, e o seu caracter particular consiste em que de ordinario ella tem lugar simultaneamente com o exame dos peritos (por exemplo quando se faz a inspecção do cadaver) ; mas esta simultaneidade nem sempre é necessaria; e muitas vezes é de lamentar que o inquisidor, confiando de mais na exactidão dos peritos, e abandonando-lhes a averiguação de todas as circumstancias uteis, não reconheça o seu dever, como juiz, de por si mesmo examinar os mesmos pontos sujeitos ao exame dos peritos, taes como as feridas, a posição do cadaver, as manchas de san-

(17) Tittmann, *Manual*,..., 8, p. 293.

(18) Por isso tem elle o direito de examinar o interior de uma casa, na qual desconfia que houve um infanticidio.

(19) Porque a voz publica declara que uma senhora foi victima de um forçamento, não se segue que o inquisidor por estes simples dados, vá de algum modo arbitrariamente, para descobrir a verdade dos boatos que circulão, sujeitar a mesma a um exame corporal.

gue; etc., etc. Deve actes tomar como regra, assignai»\* por si' todas as circumstancias importantes, sem 0e preocctlpár com o trabalho que mais tarde farao os pérítes" ; of, no caso de procederem ao exame simultaneamente, de consigner no processo verbal as circumstancias, que tambem provocàrao o exame dos peritos; assim observadas e verificadas pelo juir, ellas vem confirmar os resultados da vestoria. Km todos os processos de averiguaçOes sobre homicidio o juiz, procedendo à inspecção official (1), deve tratar de reconhecer a existencia do cadaver, *as vestes que o cobrem, o número e estado dos ferimentos*; deve descrever com a mais minuciosa exactidaô *o lugar etn quejasia o cadaver, os objectas que o cerrào, os instrumentas do crime, os objectas que pertencião d viclima, ou as pessoas que a cercavào, a extensão e a direcção dos manchas de sangue sobre o cadaver, e ao redor d'ele*: finalmente nao deve omittir circumstancia alguma. por minima que pareça, como os *rasgões* ou *incisões* das vestes, os *signaes* de passos ao redor do cadaver com direcção a elle ou para longe d'ele, e finalmente a sua forma, e a sua natureza (2). \*

A inspecção judiciaria no caso de homicidio tem por objecte mais especial o proprio corpo de delicto, e tudo quanto pôde auxiliar para decidir com toda certeza da sua existencia ; esta operação é sobretnodo e particularraente effícaz, quando se trata de verificar quai a causa da morte, e se se deve attribuil-a a um suicidio, a um accidente natural, à imprudencia do morte, ou à uma criminosa mao estranha (3). H

Convém então descrever exactamente a posição do cadaver

(1) Vide o *Proc. erim. nomp.*, t. 2, cap. 122.

(2) Sera sempve util appensar aos autos um desenho exacte.

13) Sobre esta materia as obras especiaes estão citadas no *Froc. crfm. comp.* t.2, cap. 122, nota 1.—Deve-se accrescentar Wendler, *de Mortis propria manu tibi paraie indagazione*. Lipsice, 1830.



(4); a distancia que sépara o instrumento do lugar em que elle jaz (5); os signaes apparentes que iudicão utna causa de morte facil de verificar na especie (6). Convém tambem indagar quem veio ao lugar, em que jaz o cadaver, ou se era absolutamente impossivel 'o accesso. Se se demonstra que a morte foi causada por nnm mflo estranha, todas as circumstancias devera da mesma sorte ser assîgnaladas, porque pôdera demostrar, ou que o agente estranho so por si a causou, ou que para ella tambem concorrerao causas intermediarias; e podem fazer conhecer de que modo foi consummado o crime, e quaes forao os seus motivos (7).; assim torna-se possivel muitas vezes saber, a quem deve ser attribuido o crime, pelo facto de terem sido subtrahidos certos objectas, que ordinariaraente o morto trazia comsigo, ou que se achavao collocados perto délie.

A inspecção judiciaria passa por phases e direcções diffêrentes, segundo a natureza diversa do homicidio.

No caso de infanticidio o examedos homens da arte é indispensavel; todavia é sempre util a inspecção pessoal do juiz, que deve examinar o estado do lugar, em que teve lugar o parto, os signaes de ter sido este récente, e o local que occupao, »s cw-

tt) A vietima foi achada assentada ou deitada : -deitada de costasou de bruços, etc., etc.

[5] Esta circumstancia é importante; muitas vezes pôde-se indagar se o suicida teria podido arremessar para longe o instrumenta da morte.

(6) Exemple : se se trata de nm homem achado enforcado, deve-se examinar se os pés tocão o chao. O processo da morte do duque de Bourbon offerece um exemple frisante desta particularidade. Vide Hennequin. *Ob,erva(fie\* sobre tu averiguações relativas à morte do duque de Bourbon*. Pans. 183-. p. 96.

(7) Pôde-se presumil-os segundo a posicSo que occupavão o accusado e o seu antagoniste.

cumstancias, que teriao podido accelerar a morte da **criança** (8) Militas vezes esta inspecção torna-se necessaria mestno no curso do processo da instrucção; pois quandoo açcusado allega certos incidentes, que sobrerierao durante o parto, e certascâr-j cumstancias, que parecem ter exercido funesta iufluencia, deve-se examinar se estas allegaçGes sao ou n&o procedentes.

Se se desconfia de um envenenaraento, aléni da descripçSo exacts do cadaver e do seu estado (9), que é o objecto da principal missão dos peritos ; è necessario procurar todas as substancias expellidas pelo defunto durante a sua ultima molestia, os restos de alimentos, das bebidas, de remedios que lhe forflo dados. Todos este.? objectos devera ser cuidadosatrete conservados, como tambem todos os vasos, caixas ou gavetas que guardarao pôs medicinaes ou quaesquer outros ; mais tarde os peritos tertio de os examinar.

Quando a averiguação tem por objecto ferimentos, algumas vezes nao é de absoluta necessidade que o juiz os examine pessoalmente ; os peritos estao mais no caso de descrever o estado do ferido, e de o examinar sem o mortificar ; mas nom por isso deve o juiz deixar de considerar o tbeatro do crime (10); e sômmente por sua observação é que sera possivel reconbecer a influencia de certas circumstancias estranhas (por exemplo, a existencia de pedras ou ramos pontagudos, sobre os qnaes canisse o ferido). Pôde-ee j)roceder tambem ao exame na pessoa do açcusado, quando affirma tersido aggredido porque, havendo demora, séria rmpossiveldescobrir ainda nelle os vestigios das violencias, por elle allegadas.

No caso de forçamento convem desde logo procêder ao exame do corpo, e principalmente das partes sexuaes da pessoa

(8) Se por acaso existent pedras pontagndas no chão ; se a criança cahio de uma escada, e quai a forma dos degraos, etc., etc.

I (9) Vide omen P'jfe.^gfc corap. t. 2, cap. 124.

H

(10) Pfistej^caMsas *crimAnats*, t. 5, p. 606.

que se queixa ; devendo-se tambem examinar a pessoa do accusado (11).

No caso de incendio voluntario (12) a verificacao judiciaria é absolutamentenecessaria. Por eila o juiz reconhece, se houve effectivamente incendio, quai a extensao do damno, por onde o fogo começou, que direcção seguiu, de que materia inflam-mavel se servio o autor do crime, que distancia sépara o lugar do incendio dos edificios visinhos (13).

No caso de furto (14) a inspecção judiciaria tem por objecto o lugar, em que elle foi commettido ; convem verificar quai o lugar, em que estavam os objectes subtrahidos, de que modo parece ter sido o furto consummado, se houve arrombamento, escalada, etc., etc.; como o ladrao se introduzio e evadio-se, e finalmente se existera signaes de violencia.

No caso de fabrico de moeda falsa (15) a inspecção tem por fini a pesquisa dos instrumentos do crime, das materias empregadas pelo moedeiro falso, e o que existe no lugar do fabrico.

## CAPITULO XXV

### DAS BEGRAS DE APRBCIAÇÃO DA FORÇA PROBATORIA DA VERIFICAÇÃO JUDICIARIA E DOS EFEITOS DESTA VERIFICAÇÃO

O facto é considerado juridicamente provado, desde que é verificado pela inspecção judiciaria regularmente feita ; e a fé dévida a esta tem por base o caracter especial do magistrado<sub>f</sub>

(11) Vide *Pros. crim.* eotnp., t. 2, cap. 126.

(13) *Cod. Bavaro*, art 82. *Ordn, crim. da Prussia*, g 185.

(18) Tittmann, *Manual*. § 343 ; Pflater, 1.º o., t. 5, p. 519.

(14) *Orden.' crim. da Prussia*, g 179.—Vide o *Proc. crim. comp.*, t. 2, cap. 126.

(15) *Orden. crim. da Prussia*, g 198.,—Pflster, *Causas criminaes*, t. 2, n. 8.

que faz com que se considere necessariamente como uma testemunha digna de crédito; tem também por origem as virtudes *fia* processo "verbal oficial. Ora sendo o magistrado verificador uma verdadeira testemunha em relação aos juizes definitivos

que têm de apreciar os resultados da inspecção, segue-se que todas as causas, que podem diminuir a confiança no depoimento de uma testemunha, podem igualmente attenuar a força probatória da inspecção, no caso de se poder allegar com razão os mesmos defeitos analogos ; por isso luctaria a defeza, se se provasse, que a verificação da identidade dos objectos não foi convenientemente feita; que quando se procedeu à inspecção, não era possível que ella se apoiasse em bases essenciaes (!)>; ou se se arguisse o facto de ter o juiz, em lugar de examinar por si mesmo, aceitado as observações de outra pessoa, consignando-as como suas no processo verbal (2).

Em relação a assistência do escrivão, de que fallamos acima (cap. 21), poder-se-hia com bâte ainda os termos do processo verbal, demonstrando que, em lugar de confirmar as observações do juiz pelas suas, nada mais fez do que escrever servilmente o que este lhe dictou (3).

Baseando-se ainda a força probatoria da inspecção no facto de serem *incontinenti* consignados em uma peça official e autentica os resultados do exame do juiz, segue-se que se attenuará esta mesma força sempre que se provar que o pro-

(1) Por exemplo : quando sobre vierão alterações notaveis.

(2) Com effeito, muitas vezes, e sem razão, o inquisidôr encarrega a um official de justiça de proceder ao exame, e consigna no processo verbal, como suas, observações estranhas.

(3) Por exemplo : quando o escrivão chegou depois de terminado o exame.

## sas

cesso verbal não foi lavrado imediatamente (4), ou que omitio-se alguma das formalidades exigidas pela lei (5).

A inspecção judiciária tende ordinariamente a demonstrar o *corpe de delicto* (6), ou ao menos, uma parte delie (7); não tem por fim a descoberta do autor do crime : todavia por ella o juiz pôde chegar a sua descoberta mediata, ou imediatamente : imediatamente, quando, prevenido a tempo, chega ao lugar, e surprende o agente em flagrante delicto (8); mediatamente, quando verifica certas circunstancias raateriaes, que fazem nascer suspeitas contra um cidadão (9)

Finalmente ella pôde concorrer para a descoberta de factos, que muito eselareç&o a questão da intenção, ou para provar que o accusado se achara no caso de légitima defeza ( 10)

(4) O inquisidor faz sempre mal em não lavrar o seu processo verbal no proprio lugar da inspecção, contentando-se em tomar à pressa notas, para as consultai" depols, quando voltar à sua residencia.

(5) Por exemplo : quando o mngistrado não assignou.

(6) Exemplo : procura-se o cadaver, quando alguem foi morto.

(7) Exemplo : verificar, se o furto foi effectuado oom arrombamento,

(8) Exemplo : o juiz pénétrea em uma officina de moedeiros falsos em actividade,

(S) Exemplo : o accusado mostra os ferimentos, que a parte queixosa afirma ter-lh'os feito.

(10/ Por exem.lo: quando a direcção, e natureza dos ferimentos dão lugar a cver que o accusado não podia tel-os feito senão no "meio da lucta e depois de ter derribado o seu adversario.

FIM DA SEGUNDA PARTE.

## TERCEIRA PARTE

### DA PROVA POR PERITOS

#### CAPITULO XXVI

##### NATUREZA DA PROVA POR VESTORIA

Tem lugar a *vestoria* sempre que se apresentarem no processo criminal certas questoes importantes, cuja soluçao, para poder convencer o juiz, requer o exame de homens munidos de conhecimentos e aptidões technicas e especiaes.

E' pois necessaria : 1º quando se trata de verificar a existencia de certos factos ; exigindo esta verificacão indispensavel-niente, para ser bem feita, os conhecimentos technicos, de que acabamos de fallar : por exemplo, no caso de vetsar o exame sobre os signaes da virgindade ou sobre a existencia do veneno no corpo.

2." Quando se trata de decidir da natureza e das qualidades de certos factos (1).

3." Principalmente quando a base da sentença deve apoiar-se na admissibilidade de um facto como possivel ou prova-vel (2) : por exemplo, quando uma testemunha affirma certos factos, certas relações de factos (3), e quando o indiciado allega a existencia de certas circumstancias accessorias do crime,

(1) Exemplo : que direcção no corpo seguiu o ferimento T

(2) Exemplo : pôde alguém ser ferido por uma bala em uma dislanoia de» terminada ?

(3) Exemplo : era possivel que à testemunha visse o que se paasou na dis-j tancia em que se achavaf

cuja demonstração somente pudesse provar a sinceridade da sua confissão (4).

4.º Quando se trata de tirar- consequências dos factos demonstrados, as quaes são podem ser tiradas pelo perito (5).

Do exposto já se pôde concluir que é um erro grosseiro (6) considerar a vestimenta como inspecção judiciária com forma diversa, opinião esta muito espalhada ; em certos casos, sem duvida, o exame dos peritos coincide com o do juiz (7); ou versa sobre os mesmos factos, já examinados pelo juiz, e que estão sujeitos à percepção immediata dos sentidos (8), quando os mesmos peritos são obrigados a fundamentar o laudo, que delles se exige.

Além disso o inquisidor tem por missão dirigir diligencia, para a qual os tomou como auxiliares, e então é natural que provoque a sua atenção para os pontos decisivos da causa (9); mas tudo isso não prova que seja exacto dizer que a vestimenta é uma forma da inspecção judiciária ; quando o juiz convoca os peritos, não é para que elles o colloquem em posição de

(4) Exemplo : o indiciado afirma que praticou o envenenamento com esta ou aquella substancia.

(5) Exemplo : o ferimento foi mortal e o veneno causou a morte ?

(6) Esta theoria se acha ainda em alguns codigos modernos (*Godigo bavaro*, 232—235). ; «u

(7) Assim, na occasião da inspecção do cadaver, e no mesmo momento em que o perito pratica a autopsia, o juiz se occupa em descobrir todas as circunstancias aptas para decidir se houve suicidio ou homicidio, ou que podem, por via de inferencia, fazer descobrir o agente.

(8) Exemplo : sobre a posição do cadaver, sobre o ferimento no qual se acham as pingas de sangue.

(9) Exemplo : segundo a forma e natureza dos ferimentos» qual devia ter sido a posição respectiva do agente, e da victima e

## sas

observât pelos se us proprios olhos ; HO menos s6 muito raras vezes assira poderà acontecer : (exemplo : quando a autopsia foi praticada e o steruou levantado, o j.iU examina por si a direcção da bala). Mesmo em sua présence" ordinariamente sô-aos olhos do pratico é que os factos apparecem claramente, e na sua verdadeira natureza ; nao podendc o juiz deixar de K-ferir-se as suas affirmações sobre a existencia de caractères, que se se revelao a vistas mais exercitadas (10).

Em couclusao diremos que em todos os casos, e mesmo quando o juiz assiste i vestoria, esta nao é mais do que um *meio* ; que conduz o perito à conclusao tecb.ni.6a que se espéra délie. O meoico pratica a autopsia afim de certificar-se, se as feridas sao uaortaes ; e o cbymico, por meio da analyse busca convencer-se da existencia do veneno.

Estando pois bem conhecido o objecto principal da vestoria, nao se tem conbecimento exacto da sua natureza, vendo-se nella somente a inspecç&o judiciaria ; e tal opiniao menos admissivel ainda é em todos os casos em que os peritxte sao interrogados a respeito da possibilidade de certos factos em gérai (II), ou emque o juiz, apoiando-se nos seus lâudos, décide que estas ou aquellas allegações produzidas merecem ou nao credito.

Ha pouco se vio a que multidaos de factos se applica esta prova ; e portanto é impossivel que a seguinte questao, tao discutida em nossos dias ce *os peritos são testemunhas ("§%), ou*

(10) Exemple : sobre as snas observações quanto à cor dos pulmões, à existencia de tuberculos, etc., etc.

(II; Exemplo : Titius, depois de ser ferido, poderia ainda ter gritado tão alto e por tanto tempo, quanto era necessario para ser onyido a uma distancia determinada ?

(\%) Tal é a opiniSo de Schneider. *Tratado da prova.* § 176 ; Btubel, *Do corpo de delicto*, § 237 ; Grollmann, *Principios...* § 363.



*simples auTliare\* do jttiz (12) ? » possa conduzir à verdadei-m  
definição da sua natureza (14) ; pois esta divisSo em teste-  
munhas e em auxiliares da justiça ofto pode coraprehender todos  
os caaos, em qu • se faz uso dessa prova ^15}. Se sao chamados  
para decidirem certas queatoes geraes, para di-zerero se (al facto  
é ou nfio possivel, os peritos *julgão* ; nao sao testemunbas.  
porque nada têm a observar. Se elles têm de pronunciar-se s »bre  
certes facto\*, que exigera < > exame de um homem da arte, eutfto  
as suas affirmnções se assemelhao, mas «omente em parle, an  
depoi mente testemunhal ; poder-se-bia sustentar nesta  
hypothe, que o perito reconhece a exia-tencia de certes  
caractères materiaes, os da gravidez por exempte, tfto  
positivamente como uma testemunha a cor *branca, negra* etc. em  
um objecte ; porem, nao obstante, em fundo é sempreum juizo  
que elle emitte sobre a natureza e as relaçGes de um facto; nao  
podendojamais ser bein cabido o titulo de testemunha, e nom ode  
*testemunha racinnal* ' 17), ou de *testemunha leltrada*{lsj. Cbegsr-  
\*e-hia as mais errowas conae-quencias, se se quisesse fazer obra  
por uma analogia evidente-mente fais» ; quando prestamos fê ao  
depoimento de uma testemunha, é porque juigatnos que os se us  
sentidos nao a enga-nartto ; acreditamos na sua simplez  
aftirmação, sem exigir que a motive ; mas cousa diversa acontece  
com o perito. A testemunha pode ser chamada a explicar-se em  
qualquer terris; Tklé a opiniSo de Goenner, *Manuat do Proc. crim.* t. 3, f  
412.*

(W) Pratobevera. *Materims para servirent d sciencia das leis da Austria.* 8, p.  
218.

(b) Kitka, *Veriflcação do corpo de AelirUi.*% 204,

(1%) Vide o *froc. crim. eomp.* 11. cap. 85.

(Yt) Foi Grolman. *Prindvioe*, f 888. que propos esta donominação,

f 18) Pratobevera, *Moteriat\** etc. 8. p. 218, serve-se dette termo,

mo do processo, não havendo necessidade de lue dar uma dilação para reflectir; mas o perito tem necessidade de uma dilação sufficiente para preparar e amadurecer o seu laudo, pois que tem de observar os factos, coteja-los com as experiencias já adquiridas, e applicar-lhes as leis da sciencia.' Cada uma das testemunhas depoe isoladamente ; no entanto que muitos peritos podem reunir-se, concordar, e dar um pa-l reoer em commum deliberado. Tambem não sería exact© considérer os peritos como auxiliares da justiça ; seriao uma especie de juizes, sob a presidencia do magistrado director, do quai se tornariao acolytos obedientes, enearregados simplesmente de lne tornar intelligiveis os factos obscuros da causa, e de facilitar-lbe a sua missao. Ora não é isso o que acontece na maior parte dos casos : os peritos sfto totalmente independentes no seu laudo, e alem disso ignora o que esta fora dos sens conbecimentos especiaes ; e a sua opiniao determina a convicçSo do juiz do plenario, sem que nella tenha parte a autoridade do magistrado instructor, que dirigiu as investigações. A vestoria constitue, pois, uma prova *nui j/enerù*, e cuja apreciação ao pôde ser feita segundo certos principios, que lhe são proprios. Outr'ora já os doutores tinham consider&do os expertos como uma especie de arbitres (19),#e partindo da regra (20) da separação das attribuições quanto à pronuncia do julgamento em materia de arbitramento, reconbecia o em certas pessoas a attribuição de decidit das questoes preliminares e prejudiciaes, nas quaes são os homens da arte são compétes ; não tendo depois o juiz nada mais a fazer do que applicar ao facto principal esta decisao prepatória. Em todo o caso este systeme é verdadeiro, e nos tempos modernos o papel dos expertos tem outro analogo, pois que estes são juizes de facto semelhantes a os

(19; Vide o artigo do autor nos *Arch. de Pr\*c. CM*». 2, p. 130.

f30; Millæus, *Prtuns criminatis persegumdi*. Paria, 15\*1, f. 8.

*iurados*, ao menos no sentido deterem de fornecer umâsoluç&o científica ao juiz, quando os convoca, e lhes propOe um quesito de facto prejudicial (21) , para poder decidir definiivâmente ; por isso o juiz, antes de poder decidir se houve infanticídio, tena necessidade de saber, se o recém-nascido viveu ; para que possa appicar a pena estabelecida contra o aborto, tem necessidadede saber, se este foi realmente promovido. Em uma palavra, o juiz firma a sua sentença. na resposta fornecida pelo perito à questão prejudicial, salvo se tiver jusia razao de duvidar, que ella seja solida e certa. Examinando-se mais a fundo os motivos desta confiança do juiz, quando assim abandona a direcção da sua convicção as palavras do perito a ponto de fazer délias a base da sentença final, chega-se à intelligencia perfeita da natureza da prova de que nos oocupamos.

1." Tem direito à confiança, nos limites da sua artee das suas declaraçOes scientificas, aquelles, que possuem os conheeinientos especiaes exigidos, que sabem diacernir os caractères technicos nos factos do seu dominio, ou que sabem empregar os meios sctenticos os mais proprios para a manifestaçSo da verdade (22).

2." O juiz depois funda-se na lealdade do experto no curso das observaçOes, que lhe sao pedidas ; e este deve procurar com mais cuidado a verdade, e su a verdado, pois que a santidade do seu juramento o adverte duplamente, que se espéra délie um exame consciencioso e sincero, e que o seu laudo vai inspira? o julgamento.

3.º Da mesma sorte o juiz tem direito de esperar do experto que tenha desejo de dizer sincera e inteiramente o que tiver observado.

(21) Tal é a opinião de Gannignani, *Leggi délia Sieur*, vol. 4. p. 88.

(HZ) Carmignani, 1. 5. p. 88.

4." Alera da sua lealdade o juiz conta com a sua sciencia. e corn a sua educaç&o pratica ; e esta convencido que n&o lhe sera difficil achar as leis scientificas (23)» as experiencias BUS-ceptiveis de applicação aos factos etn questao.

5." Julga que depois de as ter achado fará a justa applicação délias aosditos factos, ededuzirá as consequencias autorisadas pela razao e pela sciencia :

6." O laudo do perito inspira tanto rnaior confiança, < to mais fortes forem os motivos principaes, e melhor firmada a sua mutua relação : nelle ve o juiz o signal indicativo de um exame attento de todas as circumstancias, da madureza, da solidez das observa çoes.

7-º Finalmente a humanidade dos peritos constitue militas vezes mais uma nova e poderosa garantia.

A força probatoria da vestoria é o resultado de presumpções ligadas amas  $h^*$  outras : é pelo effeito de uma presumpção que attribuiraos aos périt» os conhecimentos especiaes sufficientes, e o sincero desejo de achar so a verdade nas suas investiga-ções ; mas é mister que estas presumpções sejam corroboradas por todas as circumstancias da causa, para que as declaraçOes dos peritos possam formar no juiz uma convicç&o«sufficiente ; d'ahi nasce o seu direito importante deexaminar a fundo o seu laudo. E se nos lembrarmos, que nao raras vezes elles sao obri-gados a invocar, como regras, leis scientificas inuitau veees e vigorosamente contestadas (24) ; a tomar, como ponto de pnrti-da, experiencias sugeitasfacilmente ao erro (25); que, por ci, em todos estes casos o seu juizo nada mais é do que a expressfio

,28; Tal é. ua prova LydroaUUc» dos pulmoes, a lei que régala a» rela-ções da respiração e da vida do reeeuiua«cido

(-24) Por exemple ; tem sido muito criticada a prova Urada do ertado da» pulmZet ou da bexxga.

(V» Exempta: qiando os peritos declarlo possivel ou nio a cura de un. terimento.

das suas opiniões pessoais ; mais nos convenceremos da seguinte verdade : que a vesetoria, como tantas outras provas, baseia-se em um encadeamento de presumpções.

Recentemente quiz-se (26) estabelecer uma distincção entre os peritos *officiaes*, nomeados pela administração para todas as causas em geral, e aquellos nomeados especialmente pelas partes (27). Neste systema os segundos constituem um meio de prova, os primeiros os auxiliares necessarios do juiz. Tal distincção é erronea. O erro consiste em suppor que o perito official tem maior autoridade, e é mais digno de fé, o que é completamente inexacto. Quando a administração nomeia um experto junto aos tribunales para certas investigações, só tem por fim os interesses da justiça ; quer que haja certeza de se encontrar sempre homens praticos e habéis (28) ; e de ordinario estes, assim nomeados, recebem um ordenado fixo. Eis tudo o que os distingue ; mas a confiança que podem inspirar, assim como os outros, procede da consideração em que se os tem pela sua sciencia, e do merito racional que se nota em o seu laudo : quando o juiz os proclama dignos de fé, tem sempre em vista a sua educação scientifica e especial ; e a sua nomeação official é certamente uma garantia da sua sciencia ; mas esta mesma garantia pode tambem existir no diploma, nos exames administrativos, na reputação de habili-

(26) Reinhard» *Manual de Proc. civ.* 1ª parte, p. 356 e seg.

(27) Reinhard limita as suas observações ao processo civil ; mas por via de consequencia deveria da mesma sorte distinguir os peritos escolhidos e chamados pelo laquisitor dos nomeados pela administração.

(28) Assim, em certos gaizes, nos termos dos regulamentos medicos, ha sempre um medico official. E' o fim do projecto de lei actualmente submettido as camaras francezas, instituir medicos de districto.

(Nota do trad. francez.)

dade do perito (29), etc. Km oiitro lugar faremos ver que o auxilio de peritos officiaes de nenhum modo-é indispensavel e obrigatorio, e que em todo o processo é sempre licito ao in\* quisidor recorrer a outros.

## CAPITULO XXVII.

I

CARACTERES DA VRSTOBIA SEGUNDO AS DIFFERENTES LEGISLAÇOÊI?.

Quaudo incidentemente esboçâmos acima (cap. 21) o caracte\_r do processo crimiual dos Romanos, dissemos quantb era su ffi\_ciente para fazer ver que uelle nao se encontrao regras e'spè\_ciaes em materia de vestoria ; os Romanos pouco se preoccu-pavao com o côrpo de delicto (na accepção modem a da pala-vra) ecoma sua verificaç&o (l).Foi no processo inqùisitorial qu\_e esta investigaçfto adquirio toda a sua importancia ; o direito canonico foi o primeiro que prescreveu ao juiz fazer-se acom-panhar de peritos medicos (2), se bem que nesta época, e por causa do estado da sciencia, a sua miss&o se limitasse à ins-pecção exterior dos ferimentos. O direito germanico mostra 1 •vestigios de ter cedo adoptadoauso de chamar os medicos para resolverem questões technicas ; o que é provado por certas leig municipaes beigas (3j e blllandezas [A) ; e certamente a mesma

(29,} Supponhamoa que haja dous pareceres de peritos, um emanando de nm cirurgiSo illustre, outro do perito officiai, dever-se-ha acreditar com **pre**-ferencia no dô ultimo somente por ser perito *officiai* ?

(1) As lois romanas são corapletamente mudas, mesmo em relação ao caso de homicidio ; nada nellas indica que se procedesse ao exame do cadaver por intermedio dos medicos ; todavia vide Gericke, *Progr. quo inspectio cada-veris in homic. apud Êomanos in usu fuisse ostenditur*. Helmst. 1739. ■

(2) C. 18. X. *de Homic.* *mémA*

(3) Direito municipal de Bruges em 1821, em Saint-Génois, *Monumentos antigos*. Paris, 1782, p. 684. I

(4) Vide a obra de Akemade, citada acima, cap. 21, nota 12.

cousa aconteceu na Inglaterra, onde o *coroner* (5), encarregado de provocar uma decisão do jury sobre o género de morte do finado, e de preparar o processo, tomava da mesma sorte como auxiliares os homens da arte. — Finalmente já os praxistas italianos da média idade davão grande valor ao parecer dos peritos (6), e pelos seus livros se vê, que a sua nomeação só pertencia ao inquisidor, quando o accusador e o accusado não se acordavam a respeito (7). Sendo esse o uso dos tribunais desde essa época, concebe-se porque mais tarde Schwartzberg, o redactor da Carolina, tambem determinou que o juiz os chamasse como auxiliares (8) ; mas, nada mais exigia do que o exame exterior dos ferimentos e o seu relatório sobre este exame ; e a razão é porque então a arte das autopsias (9) não estava generalizada a ponto de se a empregar até nas informações judiciais ; e os laudos dos peritos contemporaneos, que chegarão até nós, não se referem senão a esta inspecção superficial (10). Mas em breve a sciencia fez progressos notaveis ; e como querer a manifestação completa da verdade, era querer que não restasse duvida alguma por esclarecer, por

(5) Piener, *Hiatoria do Processo de Inquisição*, p. 280 ; e melhor ainda. Tomlins, *Diccionario de Jurisprudence*, verb. *Coroner*, n. 2.

(6) Grandinns, de *Maleficio*, tit. de *Homicidio*, n. 24, dizia então; *que o relatório de dous ou três medicos merecia mais fé do que de ou vinte testemunhas, que não fossem medicos.*

(7) Grandinns, l. c. n. 25.

(8) O. O. C, art. M8.

(9) E' esse ao menos um ponto historico controverso: vide o *Manual de Proe. Pen.* do autor, t. 1, p. 620. Compare-se a sua opinião de então com a se guida por elle no *Proc. critn. comp.*, c. 2, cap. 122, nota 25.

(10) Mguns foram citados no *Proe. orim. comp.*, t. 2, cap. 122, nota 24.

toda a parte fez-se uso da veston» ; considerou-se dever do inquisidor aproveitar-se das novas descobertas da sciencia, a fim de, com a maior segurança possível, constituir a certeza nos resultados da informação. Chamarão-se então os peritos, j não somente para a verificação do corpo de delicto, mas \ tao bem para a demonstração da ainceridade dos teste-munhos (11), e da confissao (12), ou para apreciar (13) as faculdades de discernimento do indiciado. Foi neste mais amplo sentido que as leis penaes da Alleiuauha moderna regularao a vestoria.

A lei austriaca limita-se a simples indicações, mas deixa ver i clar amente que a considéra uma prova *sui generis* (14).

A ordenação criminal da Prussia contém prescrições muito mais complétas (15 J : distingue cuidadosamente o simples relatório sobre os factos observados, que pode ser apreciado como um depoimento testemunhal (16), do parecer motivado ; exige que o juiz verifique sempre pessoalmente o exame, ao quai procedem os peritos ; impoe-lhe o dever (VI) de dirigir as suas observações, e de exigir-lhes um parecer concludente e con-^vincente (18).

(11) Exemplo : a testemunha affirma que o crime foi commettido deste ou daquelle modo : é o que a vestoria verificará.

(12) Exemplo : o perito examinait, se, segundo o que confessa o accusado, | era possível nao terem ficado vestigios do facto criminoso.

(18) Vide o *Proc. crim. conyp.*, t. 2°. cap. 147.

(14) Código pénal austriaco de 1803, 2ª parte, §§ 240— 247.

(15) Porém não se pôde affirmar que esta lei considere a vestoria como uma especie de inspecção judiciaria.— Todavia vide Kitika, *Da Verifkaçôua do corpo de delicto*, p. 218.

(18) Orden. crim. da Prussia, §§ 141—178.

(17) Orden. crim. da prussia, § 148

(18) Orden, crim. da Prussia, g 168.



O Código bavar (19) enuncia uma theoria especial : considera a vestotia como uma forma de inspeção judicial; dá maior fé aos peritos oficialmente nomeados pela administração (20) ; e quanto ao exame ocular dos factos, exige que se cumpram as condições ordenadas em materia de prova testemunhal (21), as quaes sóraente podem dar força plena ao seu relatório (22).

Seguem differente systema as legislações, que considerão a publicidade dos processos como principio fundamental.

Na Inglaterra a vestoria é usada principalmente nas instrucções preliminares, quando o *coroner* (23) informa sobre a morte de um individuo, e indaga qual foi a causa. Aqui convera chamar os medicos (24), cuja consulta determina a decisão do *coroner* (25). Mas esta decisão não pode referir-se senão à questão da instrucção preparatoria ; competindo ao jury pronunciar sobre as provas produzidas, quando se trata da instrucção principal e publica. Perante elle comparecem os peritos, e no caso de infanticidio, quando se trata de demonstrar que os ferimentos causáram, ou poderiam ter causado a morte, etc. etc., os seus pareceres são muito importantes ; todavia elles são citados e interrogados na audien-

(19) Cod. crim. bavaro. art. 385.

(20) Segundo o art. 236 basta um só perito official ; sendo necessarios dous dos outros.

(21) Art- 264, 1.º

(22) Art. 264.

(23) Vide o *Proe. crim. convp.*, t. 1. cap. 41, p. 219. — Russell. *Dos Crimes e dos delictos*, p. 261.

(24) O *Jurist*, ou *Jornal trimestral de Jurispr.*, a, 1, p. 50.

(25) Tomlins. *Dite, de Dir.*, edição de 1810, vol. 1, verb. *Coroner*.

cia (26) com simples testemunhas. Finalmente não estando os jurados ligados a regra alguma de prova, depende deles conceder-lhes maior ou menor autoridade (27); mas na Inglaterra o jury tem por habito examinar séria e maduramente as provas, e decidir sempre de conformidade com os seus resultados : por isso, muito raras vezes rejeita sem motivos graves os pareceres de peritos habéis (28).

Em relação aos peritos, a lei franceza é semelhante à inglesa ; são citados para comparecerem e interrogados como simples testemunhas (29), devendo os jurados decidir até que ponto podem dar-lhes credito ; mas, convém dizer-lo, este Systems provoca frequentemente discussões medico-legaes intermináveis, cujo interesse os jurados raras vezes são capazes de comprehender ; por isso vê-se-os algumas vezes adoptar quasi arbitrariamente a opinião que lhes agrada, e proferir uma decisão correspondente. Durante a instrução preliminar os peritos são convocados do mesmo modo que no processo inquisitorial allemão ; mas aqui a lei é insufficiente. O procurador do rei é quem frequentemente, e sem razão, pede o seu auxilio, representando o papel de accusador publico (30). Na França. além disso, de ordinario não se trata de verificar seriamente o corpo de delicto, e d'ahi resulta que a inspecção ocular technica é também muitas vezes superficial e imperfeita,

(26) Philips, *Regras das Prova*, vol. 1, p. 90 ; Russel, obr. cit., 11, p. 268.

(27) Vide no *Lato Magasine* [n. 2) particularidades interessantes sobre o modo porque se faz uso dos testemunhos medicos na Inglaterra- H

•28) Por isso o indiciado tem o cuidado de incluir na lista das testemunhas os nomes dos peritos favoráveis à sua defesa.

(29) Até que ponto podem ser consideradas simples testemunhas ? Vide *Gazeta dos Tribunaes*, 1838, n. 837

(30) Legraverend, *Tratado*, t. 1, cap. B» g 5.

Não ha na lei prescripção alluma pspecial(31), a dando pou-  
 oo lugar os jurisconsultes nacionaes nos seus estudos à medi-  
 cina légal, segue-M que o magistrado nfto esta habilita-do  
 para dirigir o exame dos homens da arte, e nem para pro-  
 vocar um relatorio complète da parte d'elles (32) ; eoque mais  
 augmenta o mal. éque a lei nero mesmo detorminou quaes  
 os caractères, quaes as condicções, que os pérîtes devem pos-  
 suir para serem chamados a exercer estas graves funcções (33).

## CAPITULO XXVin.

DAS RBGRAS A SBGITB Q0ASD0 TEM IXOAB A VE8T0BIA

1." Compete chamar os pérîtes, em primeiro lugar, ao ma-  
 gistrado instruct ir encarregado no processo inquisitori.il de  
 pesquisar todos os factoa, que possam servir para a manifestação  
 da verdnde; mas em qualquer termo da causa pode o in-  
 diciado, ou o seu defensor, requerer que elles sejaõ consultados,  
 sempre que for necessario um exame tecnico no intéresse <la  
 defeza ; assim como tambem os juiy.es définitivos podem or-  
 denar a vestoria, como supplemento da instrucçSo.

(31) Cod. de instr. criui. art. 13

(82) O art. 44 dix que *os peritos fartto o stu relatorio sobre as causas da morte, 4 sobre o estado do cadaver*. O exame inaterial a o purecer do experto s3o aqui perfeitamente distinctos.

33) Nos tormos do art. 44 *são os officiaes de soude* que devem ser cha-  
 mados. o que fax que muitas vezes esta missão t5o importante soja confiada a  
*rotineiros ignorantes*, Bourguignon, *Jurisprudeneia*, t p. 158. (Na pra-lica o  
 magistrado iuatructor, conformando-se com um» circular ministériel) tam o  
 cuidado de chamar sempre um dos medicos de mais conceito entre os collegas  
 : sô no caso de urgencia, ou de auseucia deste é que se recorre a outro. Mas o  
 magistrado nunca hésita entre um doutor. • um officiai de  
 saude.

Nota do trad. franc.

2.\* O inquisidor tera sempre o direito de escolher os peritos, excepto quando s5o os juizes do plenario, os que primeiro reconhecem a necesaidade da vestoriâ; pois que entao sao elles os que escolhem. Aindâque a vestoriâ seja motivada pelas allegaçOea do accusado, e que este tenha designado os peritos, nem por isso deixa o inquisidor de ter a faculdade de cl os que quizer; poi\* que nomeando o accusado este ou aquelle perito, pôde dar lugar a desconfiar-se que elle sabe que lhe é favoravel o nomeado. Quando se trata alem disso de administrer qualquer prova, todos os esforços tem por fim fazer derivar délia a verdade com a maior segurança possivel, ora o proprio réo nao pôde ter se nao um interesse confessa vel, e ô que seja demonstrada, racional e scien-tificamente, a sua sinceridade em relação aos factos que allega; e para conseguir este fim nao é necessario que o juiz seja obrigado a acceitar o perito por elle nomeado (1); a missfto de que se trata pôde ser desempenhada do mesmo modo por outro.

3.º Tendo a administração nomeado certos bomens da arte (2) para examînar e dar o seu parecer sobre os factos do dominio da eciencia, o inquisidor deverâ fazer-ee acompanhaf délies em todos os casos comprehendidos na sua competencia territorial. De um lado deve-se presumir que taes peritos possuem os conhecimentos e a pratica necesssaria; e de outro lado elles tem o direito pela lei de serein ouvidos em certos casos (no de parto por exemplo) ; mas sería de mais, querer que as suas palavras podessem fazer fê de preferencia a quaes-quer outras (3), como se emanassem de verdadeiros magis-trados. Quando os peritos officiaes estao impedidos, ou quando

m Não havendo reprovaa oppor contra o perito proposto pelo defenso\*. nio dewâ o juui refeit-o sem motiw»: mas fica-lhe-salvo o direito 4e consultar mais um outro sobre o mesmo objecto.

(3) Exemplo : um medico officiai.

m Tambem não inadmissiveis 88 opiniões de Stubel. 8 2494, e de TU-ti, T.&SMUTconsiderao.no como uma *testemimha* p«W.co.

qualquer demora fôr prejudicial, ou finalmente quando n&o fore m encontrados immediatamente (4), o inquisidor pode chamar outros (5); e isto é geralmente admittido (6). Ainda mais, em caso algumpôde-se contestât ao magistrado a faculdade de chamar o perito mais apto (7J, desde que opersoaaagem official n&o lhe pareça merecer todo o credito (8) ; assini como muitas vezes deve ser ouvido um outro, se o doente é tratado por este, e uao pelo officiali. Corn effeito séria crueldade obrigar o doente a supportar as visitas do ultimo, tendo elle depositado a sua confiança em outro. O inquisidor fará bem, empregando como experto o medico particular, e juntamente o medico officiali afim de ter dous pareceres sobre os factos. — Acontece muitaR vezes residir o experto nomeado em territorio estrangello (9), e neste caso tem-se sustentado erradamente nfio dever elle

(4) Se os ferimentos forão feitos no limite mesmo da oircunscripção do medico-official, e um outro medico mora no lugar e pode ser chamado immediatamente, enquanto **que** o officiali acha-se na distancia de três léguas, não se deve hesitar em chamar aquelle de preferencia a este.

(5) Kittka. *Da verificaçSo do carpo de delicto*. p. 212.

(6) A Orden. crim. da Prussia, g 160, permite, no caso de necessidade, chamar, em lugar do medico regularmente nomeado, o cirurgião de um regimento, ou um medico ordinario, prestado o juramento previamente.

,7, Se o medico-official é parente ou affim do mortoou do accusado.

18) Tittmann tem razão de dizer (*Manual 3, p. 204*; que a différence de religião não deve tomar o medico incapaz de ser experto. Ainda que **elle** fosse judeu, no lugar em que a lei prohiibe que um judeu tenha um canoter officiali, pode ser chamado em certos casos ; pois que a sua religião não pode totnal-o indigno de fé. ( Esta observação é inutil em relação '& França, onde os judeus gozio de todos os direitos ci vis, e ci vicos )

*Nota do trad. franc,*

(9) Exemple : se a residencia do/erido sô esta distante nm quarto de légua ua cidade visinha, situada em territorio estrangeiro, e se 0 medico-official mora muito longe, o juiz deverá chamar o cirurgião da cidade.

requerer crédito algum (10). Quando se afirma que a sua competência, assim como a do juiz, não ultrapassa os limites do território, o erro provém de querer-se achar entre as operações do magistrado e a do experto uma analogia, que não é procedente. O juiz não pôde validamente obrar e decidir, senão dentro dos limites que a lei lhe traçou; mas a fé devida ao experto tem outra origem : acredita-se nelle, porque se tem confiança nas seus conhecimentos e na sua habilidade especiaes ; ora, em materia de arte e de sciência, nenhuma significação tem as barreiras estabelecidas entre os Estados (12) - 4.º O primeiro dever do magistrado, em materia de vestimenta, é designar sempre na especie os homens mais aptos pela sua sciencia e pela sua habilidade pratica, para observarem os factos, como convem, e apreciar-os racionalmente. Quando a accusação versa sobre um caso de envenenamento, não seria prudente chamar qualquer medico ; pois que não se pôde esperar que elle esteja bastante familiarisado com questões tao delicadas, e que possua os instrumentos e aparelhos necessarios, para proceder com segurança as experiencias, de ordinario tao difficeis, que tem por fim a pesquisa do veneno (13). Neste caso é melhor escolher para experto um pharmaceutico habilitado, ou um chimico habil. Tratando-se no caso de in-

(10) Boemer sobre Oarpzow, p. 55; Tittmann, *Matinal*, 3ª parte, p. 396, nota 1.

(U) GroUmann. *Principios*, § 477, nota 2.

(12) Mas o medico estrangeiro sempre que fôr chamado deverá prestar juramento espeoial, alem daquelle que por ventura tiver prestado no seu paiz como officiai publico.

(18) A. Orden. crim. da Prussia parece querer que nos casos graves o medico ponha de parte todas as substancias reservadas para o exame do chimico.—Meckel. tratado de *Medicina légal*, p. 47,

fanticidio de examinar a pessoa da mãe, o inquisidor deve lembrar-se que todos os médicos não são parteiros, ou não são parteiros exercitados suficientemente, que podem facilmente errar, e que é sempre mais prudente escolher de preferência um homem especial, há muito familiarizado com a ciência das partes (14). No caso de necessidade, mas só em necessidade, será suficiente uma parteira (15), mas então convém associar-lhe um médico (16).

5/ O indiciado tem o direito de recusar o perito designado sempre que ele não der as necessárias garantias de ciência e de habilidade (17), ou quando a sua imparcialidade poder ser posta em dúvida, e contra ele poderem ser opostos os mesmos motivos, que tornam inadmissível ou suspeita a testemunha contra o acusado (18). Por um excesso de prudência, que convém não levar muito longe (19), sustentouse que para praticar a autópsia não devia ser chamado o médico,\* que tratou o finado na sua última enfermidade; e dá-se como razão o receio que se deve ter, de que ele ocultar os erros, que por Ventura tivesse cometido durante o tratamento; de não prestar atenção durante as operações anatómicas, por se achar pre-

(14) Orden. crim. da Prússia, § 145.

(15) Meckel, 1, c. p. 47, g. 33.—O código bávaro é o único que determina, § art. 80, que sejam chamados o médico da *juíça* e a parteira jura-montada.

(16) Orden. crim. da Prússia, § 145.

(17) Exemplo : quando fôr provado que já o experiente em outras CMOB cometeu erros grosseiros.

(18) Exemplo : quando o médico chamado é próximo parente do finado, ou inimigo do indiciado.

(19) Kleinschrod nos *Antigos Arch. de Dir. crim.*, t. 5, v. 8, p. 29; Kittka, *Do corvo de delicto*, p. 213.

venido elta seutido conturio, a certa circurastahcia das mais importantes, ou ao menos de nSo fâzel-a sobreaahir (20); nfto se concebe que posaa haver taes receios senao no caso de ter havido verdadeiro tratamento medico ou cirurgico, e de terem appareido duvidas sobre as relaçoess de casualidade entre a morte e um ferimento nao mortel ; mas se o medico nSo foi chamado a cabeceira do ferido senao alguns instantes antes da sua morte, se nao houve tratamento propriamente dito (21), se o ferimento é evidentemente mortel, independen-temente de todas as causas concomitantes ou intermediarias, segue-se que sao improcedentes todas as objecçoess que tem sido feitas. (22) Como quer que seja, excluir systematicamente o medico do doente sô pelo facto de lhe ter prestado os seus cuidados, é o que nao podemos admittir, pois que melhor do que qualquer ontro esta elle no caso de reconhecer e verificar os factos importantes ; e sera sempre preferivel nomeal-o, po-dendo-se associar-lhe um collega (23) que juntamente com elle observará e dará 'seu parecer . (24)

( 90) Taes aão os inotivos da disposição do art. 243, God. bav.; e'do g 12 da *InstrucçSo austriaca* de 1814.

(21) Poderemos cltar peur exemplo o caso em que, tendo o medico sido chamado meia hora antes da morte do paciente o sou tratamento consistin en applioar ataduras.

(22) Vide tambem Meister, de *Medico mtkuratum entrante, a] sectione non excludendo*. Helms, 1749; Genst. *Observâmes medico-legaes sobre o Cad. bav.*, p. 101.

(28) Tittmann, *ilanuat*, 8, p. 804.

(24) E' o que com razão détermina o projecto hanoveriano, S 475.



6»\* Quai o número dos experts que convera chamar nos exames? Tudo dépende dos usos judieiros, que frequentemente vari&o. Se se argumenta ■ por analogia coin a prova teste-l munhal, onde a unanimidade de *militas* testemunhas parece offerecer maiores garantias, pdisque o depoimento de nma serve para verificar o de outra, oprincipio, que se deve esta-belecer, é que nao pode baver menos de dous peritos. Entre-tanto algumas vezes, quando ha uma autopsia a fazer, ou quando se tratade um exame puramente medico, nao se consulta sen&o um sô medico (25) ; mas como, segundo a praxe (allema (26), alem do medico que observa, ha o eirurgiao que procède â autopsia (27), e que toma a si as operações puramente mecanicas, segue-se que o principio nao soffre alte-ração, e o exame do corpo tem sempre lugar por intermedio de dous expertos, sendo o cirurgiso considerado ao menos como uma teatemunha sobre a vestoria ; e somente sob esta con-dição se pode affirmar ser sufficiente orelatorio de um sô medico ; entretanto nos casos duvidosos o juiz fará bem em fazer juntar.os autos o parecer de um segundo perito (28).

7." O hometn da arte sendo nomeado experto pelo juiz, sera obrigado a acceita.t a miss&o por elle incumbida ? Tudo dépen-de da posição que occupa, ou por outra, convem distinguir entre o nomeado officialmente para o exame das questoes scien-tificas, que o processo criminal provoca, e o que nao foi offi-

(25) Assim é que a Carolina détermina chamar um ou muitos eirurgiões ; porém como este artigo nao falla de autopsia, mas de um simples exame externo, délie nada se pode inferir.

(26) Tittmann, l c. 8, p. 303. \*

(27j A Ord: crim. da Prussia, § 148, exige a convocação do medico e do cirurgiSo.— O Godigo Bávoro fiel ao seu systema distingue entre o personagem official e os outros expertos. Basta que seja chamado o primeiro.

(28) Kiltka, c. 220.—Vide umbem Heffter, *Tratado do Air. crim.* Halle 1833, p. 615.

cialmente noraeado (29). No primeiro caso n&o pode r cusa\* o sen ministerio, porque comprometteo-se previa mente a exercerlo serapre que lhe fosse ordenado ; n&o sendo admissivel excep o alguma a esta obriga o, senao quando pelos trabalhos exigidos corresse perigo a sua vida ou a sua saude, como no caso de autopsia de um ' cadaver em estado de decomposi o /30) ; e raesmo contra esta excep o pode-se argumenter vantajosamente com as experiencias recentemente feitas quanto as precauções uteis para neutralisar os miasmas \* deleterios, que emanao do cadaver (31); de sorte que mesmo neste caso n&o pode exigir sen&o que lhe seja permittido usar destas precau Oes.—N&o sendo o experte oficialmente nomeado, não pode ser obrigado a proc der, pois que n&o p de ser considerado como uma testemunha sempre obrigado a comparecer (32), nao havendo analogia alguma entre elles; uma testemunha, cujas revela oes são importantes, nao pode ser arbitrariamente substituida por outra, mas em lugar do experto nomeado, pode ser chamado um outro ; e convem lembrar que a vestoria requer sempre perda de tempo e de iritelligencia, o que   inutil   testemunha que são tem de declarar o- que vio.

8/ E' essencial o juramento do experto (33), que d  uma nova garantia da severidade conscienciosa do seu exame e da

(29) Vide o *Proc. crim. cwnp.*, t. 1, cap. 93, 7.

(30) Henke, *Tratado de medidna l gal*, p. 62 ; e *Revista de mtdicin\* l gal*, 1834 n. 1, p. 18. I

(8  ) Meride, *Tratado de medidna l gal*, 5" parte, p. 267. H

(32) Kittka, 1,0., p. 212, prétende estabeleoer esta analogia, que nenhum fundamento tem.—Vide principalmente (hão obstante são se referir ao direitd civil) a opinião de Nartia na disserta o publicada nos *Annaes da Legisla So 1 saamica*, editor Martin, 1 o anno n. 2, p. 179.

(33) Oarolina, art. 140; Kleinsohrod nos *Antigos Arch. de dir. crim* 5. p. 19 ; Tittmann, 3, p. 297.

sinceridade do seu laudo, e dá testemunho da sua boa vontade em fazer intervir toda a sua ciência, e contribuir com todos os meios que ella fornece, para dar nma respostâ racional e positiva aos quesitos que lhesão apresentados. E quando mesmo se queira sustentar que este juramento frequentemente nos casos difficeis sô vira attestar a opinião, a crença do experto (34) ; mesmo assim tal argumenta não sera sufficiente para provar não ser o juramento indispensavel ; pois que, se o experto é homem consciencioso (35), ligará sera duvida maior importancia à declaração feita sob a fé do juramento, naqual sediz convencido tanto pelos dados actuaes de sciencia, como pelo leal exame dos factos, do que a um simples juizo no quai sa-tisfar-se-ha em dizer que étal a sua crença, ou que tal conclusão lhe parece fundada, ou provavel. Além disso no exame a que procêde, nas conclusões que tira, elle não deve basear-se nas suas simples crenças, mas sira na .sciencia. Hsvendo nomea-çSo officiali, etendo sido previamente jnramentado o perito, basta este juramento gérai, devendo-se sômente lembrar-lhe a santidadedo mesmo (36). Sendo chamado um outro experto, pode bastar (37) o juramento subséqunte, pelo quai confirma a sua declaração.

(34) Assim pensa Stubel, *Do Gorpo de Delieto*, § 354.

(35) O Projecto hanoveriano, § 174, détermina a formula do juramento, exige que os peritos fallem com sinceridade e lealdade. de pois de terem bem observado e formado a sua convicçSo com o auxilio das luzes e da experiencia, fornecidas pela sciencia e pela arte.

(36) Tittmann, *Manual*, 3, p. 305; Ood. bavaro, g 230; Ood. de instr. crim. franc, art. 44.

(37) Pela mesmarazSo porque se julga sufficiente o juramento subséqunte da testemunha. Vide a *Proc crim. comp.*, cap.I8. 5 ; t. 2, cap. 183, l. 2, 8. e notas (Na França o juramento *précède* obrigatoriamente o depoimento das testemunhas, ou a declaração dos experts. Vid. art. 44 e 317 do *Cod. inst. erim.*)— Nota do trad. fr.

9.\* Será necessário que os peritos proced& ao exame na presença do juiz\*? Aqui convém distinguir (38): ou este exame stz parte da inspecção judiciaria, na quai o juiz.procedendo tambem à verificação dos mesmos objectos, procura a existência de certos caractères, em quanto osperitos fazem appareceroutros (39), sendo devido ao concurso dasduas operações siniultaneas o poder conseguir-se o fim ultimo e necessario da inspecção judiciaria ; ou o experto é simplesinente chamado para pronunciar uma especie de juizo d'arte e de sciencia (40) em relação a certos objectos de natureza transportavel, e que lhe são offricialmente confiados; no primeiro caso é fora de duvida que o exame deve fazer-se em presença do juiz (41) ; porque é entao essencial que o objecto se conserve intacto no mesmo lugar, o que acontece quando o juiz e peritos observao juntos , e porqu e o primeiro pode muitas vezes indicar aos segundos os pontos sobre os quaes no intéresse da instrucção devero insistir especialmente (42). De tudo isso concluimos que a presença do juizé muitas veses boa e util em si ; mas entretanto nao a julgamos absolutamente necessaria para a manifestação da verdade , e ninguem poderá sustentar que a declaraç& dos peritos, que relatao as observações feitas na ausencia do juiz, nao

(88) A maior parte dos codigos modernos fazem uma applicação demaaiair daniente gérai do principio. Vide o Ood. bav.. art. 235. — O novo Projecto bauoveriaao, art. 171, diz corn mais exactidão : *Em todos os casos em que a lei n&o determina expressamente a presença do juín, este deve decidi, segundo as circumstancias, se ella é ou nfio necessaria na vestoria.*

(89) Exemplo : durante a autopsia.

(40) Exemplo : sobre a existência do veueno, ou da moeda f& Isa.

(41) C. C. C, art. 49. — Gonradi, *De Inspectione çadaveris occisi a solig medicis vicliosa*. Helmst. 1738 ; Quistorpe, *PHncipios*, § 603 ; Sieiner nos *Ant. Arch. do Dir. crim.*, 6 vol., 4º art., p. (14.

(42) Ordem crim. Pruss., g 152; Cod. bav.. 235; Henke, *Dissert, de Medirina légal*, 8, p. 165.

faz prova(48), quando elles forto cl e vida m ente juramentados e inteTfogndo.s era forma regular.—No segundo easo deixa de ser essencial 41 } a présence dp juta, sendo poatot de par-pe os objectos que devera ser examinadoa, e depois entrevues aos peritoa\*. porque estes frequentemente Mo obrigodos a fa-zer loogas iDvestigsoOci scientifica», ttes como experienaaa chimica» ou outras {46), anieo meio de ofwervaçfto qne talvea comporte a e\*pecie,ou porque é meramente superficinl r» exaine que délie» se espéra, tendo elles de reconheeer simples-mente certa caractères exteriores, deciaivos nos quesitos apresentadao; neste raao evidenteraente o juiz nflo poderia assistir à opera^o senao como um espectador rondo, e indifférente.

Finalmente quando os expert os résident long\*, e que urne consulta lhe a é'pedida, ou quando ne tem de oxatninar a pessos de um individuo. e que a simples inspeco&o pelo homem da arte beats para obter oa ro\*ultadot procurados (46), tambem não é necessaria n présence do *fait* : nisto todos concorda-rao. (47).

10. Neste caso, qualquer'que wja a liberdade deixada ao jais, aempre lhe fica a attribuiçflo muito importante d» prerisar claramente ot ponton sobre et quart pede o paxecer dos peritoa, e nsquestoea-que estes tem de resoiver {0} : o aen parecer

*Ai*

22]. Deve expor-lhe claramente  
aplica ciência as diversas mentes.

20. No caso de movimento, os pontos, podem estar que se  
que observação a molécula, seja obrigados a dar explicações dos seus  
que aparentemente: Rota, I. c., p. 225.

21. Vale ainda esta questão Knoch, *Novas Teorias de Medicina*  
I, p. 225; Horta, *Revista de Medicina Legal*, 1924, v. 5.

»\*

os pontos essenciaes que devem ser conhecidos, e principalmente não lhe deve transmittir senão extractos especiaes (53). Porém se, para poder dar um parecer plenamente satisfactorio, elle tem realmente necessidade de conhecer a série de depoimentos, o juiz só então, para evitar os inconvenientes de uma communicação incompleta, deve dar-lhe pleno conhecimento de todas as peças do processo, que tenham relação com os diversos pontos, sobre os quaes deve versar a vestoria. Finalmente segundo o uso constante dos tribunaes allemaes os autos são apresentados em sua totalidade aos medicos superiores, quando se lhes pede o seu parecer sobre o relatorio apresentado pelo medico legista.— E' escusado acrescentar que todos os objectos transportaveis, taes como instrumentos e outros, cujo exame é absolutamente necessario ao perito, para poder responder aos quesitos apresentados, devem ser-lhe entregues.

12. Quando os expertos procedem a um exame sob as vistas do juiz, por exemplo, quando pratica uma autopsia (54), deve-se consignar immediatamente no processo verbal o resultado das suas observações, e descrever os objectos verificados no mesmo lugar, e sempre perante, o juiz ; pois que assim será facil esclarecer logo qualquer duvida que occorrer. Todavia seria demais, obriga-los a dar incontinenti o seu parecer motivado, e exigir a inserção immediata deste no processo verbal ; o que só pode dar-se nos casos simples, nos quaes fossem superfluas longas meditações (55). Mas seria injustificavel esta

(53) Kittka, l. c, p. 222.

(54) Devemos censurar em muitos medicos o habito de toraer de passagem notas das observações que fazem, e reáigir mais tarde os resultados em forma regular. Abre-se assim a porta ao erro ; pois que quando mais tarde apparecerem lacunas, ellas serão preenchidas muitas vezes pela imaginação.— Vide tambem Kittka, l. c, p. 327, na nota.

(55) Por exemplo, quando se pede a um serralheiro, ou a um arcabuseiro a sua opinião sobre o estado de uma arma de fogo.

as»

exigencia, desde que o relatorio dénotasse algum trabalho de reflexão, ou de investigação, por mener que fosse, ou alguma apreciação dos factos por meio de experiências científicas ; pois que poderia produzir conclusões pouco meditadas. e pouco solidas, e em tal caso sera, serapre mais prudeute exigir do experto um relatorio por escripto (56)s Quando aconteça serem consultados muitos homeni da arte, é snfficiente um aé relatorio por elles assignado ; se fossem simples testemunhas sería interdicto qualquer depoimento colectivo ; masnao esqueçamos que elles pronunciaio um verdadeiro j ulgamento e que este pode exprimir perfeitamente uma opini&o colectiva ; servindo de fundamento ao seu parecer (57) a unanimidade de suas résolutions. Ses, deliberadas maduramente e em comtnum.

13. Na occasion das operações, por exemplo, no moroento da autopsia, devem serMesviados todos os espectadores inu-| teis (58), de oûtro- modo stria abrir a porta a todos os falsos boatos, que poderiao nascer das suas palâvras irreflectidas ; e, o que serin peor, os resultados do exaine poderiao ser commit-] nicados a outras pessoas, que délies não deixarão de aproveitar-se -. ver-se-liia entao qualquer individuo, que jamais teve conhecimento pessoal dos factos em questôlo, produzir judicial" mente uma confissôto falsa, ou um falso testemunho. mas reves- rido das apparencias da verosimilhança (59).

H

(56) Kleinschred nos *Ant. Arch. do dir. erim.*, 5. p. 96 ; Tittmauu, *Manuat* 3. p. 325 ; Mokel. *Trttêdo de Medicina légal*, p. 68.

(57) 8e uni délies (or da opini&o contraria, o MU relatorio devo tombent ser appensado.

'58) Kittka, 1. c. p. 230.

05) SuppoDkamos que an individuo, nio ouatante Mr innocent, confewta MT o uutor do crime, e que pnru provar désigna todoe oe feriineitios e t/vl\*. os instrument», dos qunes tem noticia, ou por ter iuwistiilo a autopoia, oui pela\* c.ufiJeucuta de nm terceiro eapectndor : neste caso sera quasi impoa- SIVL'I desrubrir « fel«<We das SUM couliasdea por causa do todas an cê- cumstancias indicadas.



14. O inquisidor na qualidade de director do processo (60), deve ter sempre o cuidado de examinar o relatório dos peritos esta era harmonia com o objecto sobre o qual deveria versar a sentença definitiva ; porque o seu primeiro dever é transmitir aos juizes do plenário os materiais completos da sua decisão. Daqui não se depreenda, que em nossa opinião o parecer dos peritos e a sua verdade material devem estar sujeitos a uma nova experiência científica, e que reconhecemos ter o inquisidor um direito de opinião soberana (*super arbitrium*) ; o que queremos dizer simplesmente é que o magistrado deverá examinar se as conclusões do relatório correspondent ao fim ultimo do processo (61). Quando tiver verificado, estarem preenchidas as formas e condições substanciaes ; tiver comparado o relatório em si mesmo.com as outras fontes de informação existentes nos autos', I com os resultados de investigações de ordem diversa, resultados que não devem ser-lhe desconhecidos ; quando finalmente tiver examinado, se o relatório é completo em todas as suas partes (62), terá cumprido nesta parte o seu dever. Se por acaso o parecer dos peritos não lhe parecer satisfatório a todos os respeito, deverá logo esclarecer as dúvidas e completar as lacunas, antes de inserir nos autos o processo verbal, como nos seguintes casos : quando o laudo não estiver motivado (63) ; quando carecer de precisão e clare-

(60) Kleiusclii'od, nos *Antigos Arch.*, V. p. 31 ; Tittmann, 3, p. 283.

(61) O que é mais evidente ainda para quem considera os peritos como auxiliares do juiz ; porque é da competência do juiz examinar o trabalho dos seus auxiliares, e apreciar se as suas conclusões são suficientes.

(62) Vide o *Proc. crim. com.*, t. 1, cap. 93, us. 18, 14, 15. ! 66) E também

quando houver contradição entre as próprias conclusões.

za (84) ; quando não lver tomado em consideração factos importantes já descobertos no processo (65) ; quando os peritos estiverem em contradicção com as mais recentes experiências (66) ; e quando graves questões ficarem sem solução. O inquisidor propora logo suas duvidas aos peritos, e lhes apresentará novos quesitos. Se a segunda resposta ainda não der os resultados esperados, e o magistrado perceber que os peritos observao partindo de um ponto de vista' demasiadamente exclusivo, deverá apressar-se em chamar outros para examinarem, *a novo*, os objectos sujeitos à verificação, se a inspecção ocular é ainda possível, ou, no caso contrario, para darera ao menos o seu parecer (67). Os juizes do plenario, assim como o inquisidor, e do mesmo modo que elle, tem o direito de critica quanto ao relatorio (68), e, sendo necessario, de exigirera segundo.

(64) Exemple quando o medicb se réfère as antigas theorias sobre os Cerimentos mortaes on não mortaes, hoje reconhecidas falsas; se disser que ellas são *absolutamente* mortaes. V. o cap- seg., v..l,

(65) Exempio : quando não tivesse tomado em oonsideração as declarações das testemunhas.

(66) Exempio : quando o medico prestar inteira.,fê à prova hydrostatlca dos pulmões.

(67) Kittka. 1. c, p. 253.—Vide o art. doantor na *Revista deJurisp. crim. prussiana de Hitxig*, p. 853.

(68) Kittka, 1, c, p. 233, observa com razão que o inquisidor não deve rejeitar o relatorio do experte, e pedir a outros explicacões mais catégorisas, sô por ter este manifestado uma simples crença, ou por ter apresentado o seu laudo como fimplesmente verosimil e não certo: taes casos ha, nos quaes a consciencia do experte não poderia ir mais longe ; e exigir-lhe mais, sería obriga-lo a mentir. /

## CAPÍTULO XXIX.

DA VESTORIA SEGUNDO AS DIVERSAS ESPECIES DE CRIMES, E DAS REGRAS A OBSERVAR EM CADA UM DOS CASOS.

A importancia à a prova por peritos varia segundo os crimes, e a sua administração é regulada por regras especiaes". Indicaremos os casos mais ordinarios.

1. Quando se procède à informação por causa de *homicidio*, o officio do experto à vista do corpo de delicto. é facilitar a decisão da seguinte preliminar : foi a morte o resultado de um suicidio, de um accidente (1), ou foi obra criminosa de raão estranha ? Também pode ser, declarar e demonstrar ter sido a morte o resultado de um acto de violencia, ou fazer ver que relação de causalidade existe entre a lesão e a morte. No primeiro caso a informação tecnica serve (2) para fazer reconhecer que os signaes descobertos no cadaver sô podem explicar-se pelo suicidio, ou que este fora simplesmente possível, segundo a posição do corpo no momento em que foi encontrado (3) ; ou finalmente que o assassino tentou dar ao assassinato as apparencias de um suicidio, reproduzindo o modo da execução deste (4). O homem da arte representa igualmente um papel importante, quando se trata de verificar, se as lesões observadas no corpo forão praticadas durante a vida ou depois da

(1) Uma adega subterranea desmorona-se, e debaixo das suas rainas encontra-se um cadaver, que devia alii estai' ha mais tempo, e que contém signaes de lesões de diversa natureza. *Quid* ?

(2) Vide no *Proc. crim. comp.*, t. 2» cap. 122, nota 1, um resumo da litteratura especial sobre esta especie de vestoria. ^

(3) A difference de posição é muito importante. Pode-se tirar conclusões diversas do facto de se ter achado o cadaver assentado, ou deitado.

(4) Depois de consumado o assassinato pendurar a victimia, como se tivesse enforcado.

morte (5), e, no caso de se encontrar na água o cadáver, se a imersão foi a causa da morte, ou se esta deve ser attribuída a um acto de violência anterior.—Ha ainda outra questão muito grave, cuja solução é frequentemente pedida aos peritos ; é a seguinte : as lesões eram mortaes ? Deverão evitar as theorias erroneas, outra ora em voga, segundo as quaes (6) os ferimentos não podiam ser considerados mortaes, senão quando a morte era a sua consequencia inevitavel, fazendo-se absoluta abstracção da constituição habituai, ou momentanea da victima, e de todas as circunstancias concomitantes, ou intermediarias ; pois que o character aggravante das lesões era consequentemente posto em duvida, desde que apparecia uma causa intermediaria, que fizesse entrevêr uma funesta influencia devida à constituição anormal do individuo ; desde que se podesse suppor ter sido possível evitar a morte, se se applicassem em tempo opportuno os soccorros da arte, e o tratamento medico (7). E' mais exacto dizer ter sido mortal todo o ferimento que foi na especie causa determinante da morte ; e o magistrado, que adoptar esta judiciousa theoria, deverá separar com cuidado as diversas questões a resolver : perguntara primeiro, se a victima (8) morreu em consequencia das lesões que se observao no cadáver ; e só "depois é que deve mandar que os peritos procurem e transmitta-lhe os documentos necessarios para poder decidir qual a relação de causalidade existente entre o ferimento e a

(5) Vide o *Proc. crim. comp.*, t. 2, cap. 122, p. 53.

(6) Negava-se então que um ferimento fosse mortal, se além dele se encontrasse outra causa concomitante de morte, qualquer que ella fosse.

(7) Sobre a nova e mais certa theoria, vide *Ord. crim. da Prussia*, g 169; *Ord. bavaro*, 1ª parte, art. 142—145-

(8). Sobre o modo de formular os quesitos vide. 0ª *S. crim. da Prussia*, g 68 ; *Cod. bavaro*. 2ª parte, § 245.

morte, e se pode ser crido o accusado, quando affirma nSo ter tido intenção de matar (9). Nesta occasiao convém forraular muitos quesitos essenciaes :

1.º Os ferimentos erao necessariamente mortaes, ou não?

2." Causarao a morte pela sua propria natureza, ou em consequencia da constituição anormal do individuo, ou de circumstancias accidentaes exteriores ?

3.º Produzirao a morte immediatamente, ou pelo effeito de uma causa intermediaria ?

Finalmente omagistrado devera certificar-se que são completas as investigaçOes, e as conclusões do relatorio ; concebe-se agora, que aindamesmo que se descubra em uma das três cavidades do corpo uma causa sufficientede morte, que pareçadesnecessario abrir tambem as outras duas cavidades (10) para decidir ser mortal o ferimento, todavia sempre se deve abrir as três cavidades (11,<sup>1</sup> para que seja possivel responder aos três quesitos acima, relativos an facto importante da *camalidade felativa*.

2. Se se trata de um infanticidio, é necessario chamar péri tos: 1", para verificarem o parto (12), e a sua época (13) ; 2.º, examinarem o corpo da criança, abrindo-o, reconbecerem se

(9) Exemplo : o ferimento não foi mortal senão por causa de nni vicio Je organização extraordinario, que o accusado não podia prever na viotima.

(10) Sob o domiuio da antiga theoria se não se procedia à abertura do abdomen, quando se descobria no peito um ferimento absolutamente mortal, era nullo o exame. Era um grave erro.

(11) Cod. bavaro, 2\* parte, art. 244.

(12) E' muitas vezes facil cabir-se em erro, principalmente quando o parto não é recente. Vide no *Proc. critn. comp.* o resumo da littérature nesta materia.

(18) E' importante a epoca, quando se trata de decidir se nasceu da accusada a criança, cujo cadaver foi descoberto.

veio a terra, e em que mez de gravidez ; se nasceu vivo ; se nasceu viavel. Esta segunda série de quesitos depende do emprego de todos os meios de prova fornecidos pela sciencia (14) ; 3.\* E' mister depois indagar que causas determinam a morte,, e ainda neste caso sao os peritos que decidem se ha lesões no cadaver; se estas sao o resultado de actos voluntarios de violencia da parte da mai, ou se devem ser attribuidos a causas simplesmente naturaes, cujo effeito realisou-se durante o parto (15), ou depois d'elle, como no caso de cair a criança de uma certa altura (16). 4.º, Finalmente devem ser frequentemente interrogados os peritos, para saber-se, se podem merecer fê certas allegações do accusado (por exemplo, sobre os incidentes do parto).

3. No caso de *envenenamento*, a vestoria terá por objecto determinar, se a victima foi morta por meio do veneno (17). Os homens da arte devem começar por examinar e abrir o cadaver, quer para procurar os vestigios exteriores perceptíveis do veneno, quer os seus effeitos sobre os orgaos affectados ; depois devem indagar todo o historico da molestia ; porque os accidentés que assignalarão a sua marcha, os symptomas que apparecerão antes e logo depois da morte, d'fio a conhecer ordinariamente, se houve ou não propinação de substancia venenosa. Depois, devem necessariamente proceder a uma analyse chimica (18), que demonstre a presença do veneno, a sua nature-

(14) Vide o *Proc. crim. comp.*, t. 1.º, cap. 123, p. 57, e seguintes.

(15) Por exemplo quando a criança ficou por muito tempo presa no collo da vagina.

(16) A este respeito ha muitos pontos de controversia entre os sabios. Vide o *Proc. crim. comp.*, t. 1.º, cap. 128. p. 64, e nota 45. H

(17; Vid. o *Proc. crim. comp.*, cap. 124, t. 2.

(18) Eggert, *Da Morte violenta sem lesões exteriores*, Berlim, 1832, p. 309 e seg.

za (19), e os seus efeitos sobre a organização. Devem ao mesmo tempo dirigir a sua atenção para os vasos destinados a conter alimentos ou bebidas, dos quaes fez uso o morto na sua ultima molestia, como tambem para os residuos das substancias achadas nos armarios da casa. Finalmente se os vestigios do veneno forao observados no cadaver, os experts devem decidir, se a causa da morte foi a substancia descoberta, ou se a quantidade *in concreto* absorvida, ou se quaesquer outras causas intermediarias concorrerão tambem pela sua parte,

4. No caso de *ferimentos* voluntariamente feitos, o perito deve ser chamado para verificar a natureza das lesões ; os seus efeitos sobre o espirito e sobre o corpo do ferido (20), e para determinar, se causas intermediarias, se a constituição deste, contribuirão, ou não, para agravar as consequências do ferimento. Convém tambem fazer um exame do lugar : é esse o meio de descobrir muitas vezes se as lesões procedera, ou não, de um facto intencional da parte do accusado (21).

5. No caso de *forçamento* o exame ordinariamente faz-se na pessoa da victima ; os peritos devem verificar a extensão e as consequências das lesões, e determinar as probabilidades da existencia do crime. O exame da pessoa do accusado pode ser tambem muito importante ; ha casos, em que certos signaes, certos vestigios achados nas partes sexuaes, podem mostrar que ha delicto consummado (22).

(19) A té que ponto é necessario que o experte determine a natureza do veneno? Vide as obras citadas neste assumpto no *trac. crim. comp.*, t. 2, cap. 124, nota 2.

(20) Ord. crim. da Prussia, g 140.— Cod. bav., §79. — Pfister. *Causas criminaes*, V, p. 606.

(21) Por exemplo, quando ha no lugar do crime pedras pontagudas, troncos, raizes, etc.

(22) Vide *Proe. crim. comp.*, t. 2, cap. 125» p. 71, e notas 10« 11.

6. No caso de *furto* (23) a vestoria serve, quer para avalinr os objectos furtados, quer para verificnr porque mēios o furto foi praticado.

7. Nas averiguações sobre o caso de *incendia* os peritoe tem de decidir (24), ou que o fogo nao podia deixar de ter sido posto pela mao do homem, ou que deve antes ser attribuido a causas naturaes, taes como a inflamacao espontanea de certas materias (25) ; e tambem tem de averiguar se o incendio podia ter sido ateado do modo allegado pelo accusa do, e ter-se desenvolvido do modo porque o foi (26).

- 8. No caso de *fabricao, e emissão de moeda fnlsa* devem ser necessariamente consultados (27) sobre a exactidao do peso, sobre a natureza da substancia das moédas suppostas falsas, e sobre os meios, dos quaes se servirao os au tores do crime. \_ 9. Se se trata de uma falsidade em escriptura, os peritos veri-ficao, se existem realmente alteraçOes, e quai a sua natureza » e importancia. Tambem aqui a chimica presta um poderoso auxilio, dan do rouitas vezes os meios de restabelecer o texto primitivo (27 a).

(28) Ord. crim. da Prussia, % 187.

(24) Nem sempr-e convém chamar os phisicos, ou os komens profissionaes. militas vexes outros estarão mais no caso de dizer, \*e o fogo pegou deste on daquelle modo. Por oxemplo, em certes pajzes os pastores, que accendem fogo nos campos, podem dar explicações mais satisfactorias.

(25) Vide em Iiitzig, *Annuel de Jurisprud. crim.estr.*, a. 28, p. 408, um dos mais curiosos pareceres de experlo.

(26) Os peritos são tambem algumas vezes necessarios para avaliarem a extensão dp darnno. Vide Hitzig, *Revitta de Jurispr. crim. pruss.*, n. 27, p. 338.

(27) Vide o *Proc/crim. comp.*, t. 2, **cap. 126**, p. 4.

(27 a) Duvergier, *Medicina légal*, 2, p 174, **177**



10. Pinalmente em qualquer especie de processo o seu parecer é decisivo a respeito do discernimento do accusado. Moder. inaneute uma philanthropia, totalmenle sceptícaem relação aos crimes, tem ampliado demais talvez o campo das molestias mentaes, e multiplicado neste ponto os casos de vestoria (28) » mas como em todo o caso o primeiro dever do inquisidor é verificar os factos era sua inteira verdade, e deaviar todas as duvidas, segue-se que nao se pode censura-lo por chamar seropre os peritos, logo que se possa duvidar ter sido o crime cometido pelo accusado (29) ; quer em razao da propria natureza do crime, quando parecer estar em contradicção coin os antécédentes e os motivos conhecidos do seu autor; quer em razao da singularidade da conducta deste ; quer por ser a vestoria provocada directa ou indirectamente pelo depoimento das testemunhas ou por um requerimento do defensor (30). Neste caso devem ser a présenta dos ao experto todos os documentos que podem influir na sua decisão, e o juiz nao lhe deve recusar (31j, se elle pedir, novo interrogatorio das testemunhas e dos iudiciados, afim de esclarecer melhor a sua opiniao. Devendo o seu laudo ser reflectido e motivado, os quesitos devem ser-lhe formulados de modo preciso e espe-

(28) Oitaremos para exemplo as opiniões de Platuer. E' cahir em um excessb ridieulo sustentai-, que é sempre o resultado de uma molestia do espirito um desses grandes crimes que provoeão a indignacSo e o pasmo gérai. — Foderé, *Etuaio sobre as diversas especies de loucura*, Strasbourg, 1822' combate todas estas falsas tlieorias.

'(29) Jarke na Revista de Hitzig, n. 28, p 121,189.-. Fenerbach, *Causa\* erimina.es célèbres*, 11. p. 819.

(30) Gom tanto que os factos articulados não parecSo destituídos de toda a verosimilhauça.

^3i; Vide o Proc. crim. comp., cap. 14", t- 2.

cial (32) ; do contrario, o seu relatorio nao poderâ conter senao conclusões vagas e inapplicaveis : tatnbem nfto devem ser dema<sup>1</sup> siadamente exclusivos, porque podem provocar respostas concebidas em termos muito restrictos. Pinalmente, ainda o repetimos, se o perito deixar de responder sobre alguns pontos, se o juiz acharque o seu parecer não é, nem bastante preciso, e nem sufficientemente fundamentado, terá- o cuidado de o tornar a chamar, e mostrar-lhe as lacunas a preencher, os pontos a rectificar \*no seu relatorio suplementar, ou entao de nomear novos peritos (33).

### CAPITULO XXX

#### DAS KKGKAS DE A.PRECIAÇÃO DÂ FORÇA PBOBATORIA DAS VESTORIAS

Quando o juiz quer apreciar os resultados de uma vestoria, trata primeiro de examinar se os factos, que ella verifica, devem ser admittidos como verdadeiros ; e depois, se as consequencias deduzidas destes factos podem convencer.

Quanto aos factos, ha muitas distincções a fazer : podem constar do processo verbal da inspecção judicial, sendo a sua existencia attestada ao mèsmo tempo pelo magistrado e pelo expert» (1) ; ou podem ser attestados sômente pelo expert», por te-los observado sô (2). No primeiro caso sao elles tidos por juridicamente provados ; mas aqui convem nao esquecer que muitas vezes o processo verbal do magistrado

(32) Vide o artigo do autor na Eevista de Hitzig, n. 3. p. 287.— *Proc<sub>m</sub> crim. comp.*, t. 2, eap. 147, nota 23.

(33) Vide o Proc. crim. comp., cap. 147. u. 2 e 3.— Todas estas questões são ahí disoutidas com mais desenvolvimento.

(1) Bxemplo : se se trata do número dos ferimentos.

(2) Exemplo : quanto à extensão e profundidade dos ferimentos.

relata certos factos, baseando-se somente nas declarações dos peritos, que na vestimenta usaram dos meios de verificação fornecidos pela ciência, ou pela arte : por exemplo, quando declara a profundidade, a natureza e a forma exterior dos ferimentos (3). Nesta hypothèse não seria applicavel a regra de apreciação da inspecção judiciaria, porque examinando-se a fundo a verificação reproduzida pelo magistrado, vê-se que ali somente ha o resultado das observações oculares do experto. Resta agora apreciar a sua procedencia. Ora, estas observações estão sujeitas as mesmas regras que determinam a confiança devida à prova testemunhal ; e por isso, se se demonstrasse que o experto na qualidade de testemunha era inadmissivel, ou pelo menos suspeito, a sua autoridade na qualidade de perito ficaria também muito abalada. O juiz examina depois o modo pelo qual elle procedeu à observação dos factos. Se o experto não foi chamado a tempo de examinar os objectos no seu estado primitivo (4) ; se não empregou os meios technicos mais aptos para a sua missão actual (5) ; se não fez delles o uso conveniente (6) ; ou se as suas observações foram incompletas (7), a confiança do juiz

(3) Se, não obstante ter estado presente, o inquisidor não introduziu a sonda na ferida, e no processo verbal relata o resultado da operação da sonda, nada mais faz do que reproduzir a declaração dos experts, por elle merecida.

(4) Supponhamos o caso de ser importante verificar a extensão das bordas da ferida, e no entanto não te-lo o experto podido fazer senão à claridade do crepusculo e ajudado, ou com a luz de uma vela.

(5) Exemplo : quando não foram feitas as experiências indicadas pela ciência para a pesquisa do veneno.

(6) Exemplo : quando o pulmão foi examinado com o auxilio de mãos instrumentos.

(7) Exemplo : quando as três cavidades do corpo humano foram abertas.

deve diminuir. E' muito importante tambem a forma das declarações do expert». Assim como uma testemunha merece pouca fé, quando nao pode expor os motivos, que demonstrem a verdade do que prétende ter visto, e quando o seu depoimento nadamais é do que uma série de contradicções ou hesitações, assim tambem o experto deve merecer pouco credito, quando incorre em graves censuras (8).

Quanto as suas conclusões e ao seu juízo, já nao sao applicaveis as regras de apreciação da prova testemunhal, pois o perito pode retractar-se da sua opinião precedentemente manifestada em um primeiro relatório (9) ; a retractação da testemunha denota, ou que vio mal, ou que quer occultar a verdade ; mas modificar o expert) o seu primeiro juízo é dar prova de zelo mais consciencioso e de um exame tanto mais profundo, quanto é certo que as novas experiencias e deducções scientificas devem leva-lo afirmar mais solidamente a seu parecer. Portanto este tira todos os elementos de convicção que encerra:

1.º Dos principios. que o experto tomou por ponto de parecer.

tida (10), e das leis scientificas, com as quaes prende os factos observados (11) ; mas, para que o seu parecer mereça fé, é mister que estas leis e estes principios sejam reconhecidos sem contradicção, e que a sua applicação seja rigorosamente exacta:

(8) Stubel, *Do corpo de delicto*, §339-810. — Tittmann, m» p. 880.

(9) E' o que acontece frequentemente por culpa do inquisidor, quando exige o parecer do experto logo depois de praticada a autopsia. Mas quando este mais tarde medita com mais calma no seu trabalho, e emprega com mais reflexão os meios scientificos de que pôde dispor, conlleece nao ter fundamento o seu primeiro parecer, e manifesta um novo.

(10) Assim, nas questões de imputabilidade e de discernimento, quando o experto afirma não poder haver consciencia. quando hamol estia mental, não pôde decidir ter havido na especie *mania sine delirio*.^

(11) Exemplo : as relações entre a respiração e a vida sao reguladas por uma lei physiologica, que serve de base a docimastica pulmonar.

2.º Das deducções motiva das, com as quaes corrobora a sua opinião ;

3.º Da sua concordancia com as premissas conhecidas, constante das peças do processo. E se houver contradicções entre a declaração dos peritos e o depoimento das testemunhas (12), ou a confissão do indiciado, devem ser attentamente discutidas. Quando os factos, taes como forão observados pelo "experto", são totalmente inconciliaveis com as allegações do indiciado. ou com as declarações das testemunhas ; mas sendo o relatorio solidamente motivado, e, nao dando lugar à. descon-fiança/) juiz deve acreditar no relatorio, ou ao menos deve com mais atueção pesar e discutir as confissões e os depoimentos. Se as contradicções entre o experto e as testemunhas (13) ou o accusando (14) deixao as declarações dos ultimos toda a sua força, deve-se concluir queaquelle se enganou, e o seu parecer não deve ser acreditado.

4.\* Do acôrdo ou da unanimidade dos peritos, quando s&o tuitos (15). Se houver divergencia, é mister distinguir. | Ou esta versa sobre os-factos observados, ou sômente sobre as conclusoes que cada um délies tirou. No primeiro caso, se os resultados do exame feito por um délies sao corroborados por outras provas estranhas â vistoria, deve-se preferir a opi-niao deste (16) ; versando a divergencia sobre um facto insi-j

(12) Orden. crim. da Prussia, § 14

(13) Exemplo • as teslemunkas âTIrmão que a criança gritou, quando a raãe o enterrava, e os expertos, que ella nSo podia ter nnsido viva.

(14) Exemplo : os expertes affirmão que o homicidio foi praticado por meio de uma arma de fogo, e o accusado confessa que o praticou com uma faca seni ponta.

(15) Pouco importa a differença, entre os motivos, se o resnltado é o mesmo Orden. crim. da Prussia, S 388.

(16) Por exemplo, quando o mngistrado instructor, examinando o lugarl observou o mesirô facto

gnificante, (17) enao havendo suapeita de infidelidade voluntaria ou involuntaria contra os peritos fl8), a autoridade destes uada perde. Se pelo contrario se trata» de ura facto capital (19) j a soluçao é mais diffi.il. Séria inutil remetter o relatorio a um collegio de expertos superiores, porque estes nao poderiao decidir quem tem vazao, senao observando nova e pessoalmente os factos. Por outrolado nao séria acertado decidir sômente pela plural idade de votos(20). Se a pluralidade é a regra em uni collegio nomeado pelo governo, a mesma causa nao acon-tece no caso vertente ; poisque foi o acaso que reunio 03 expertos no mesmo lugar, perante os mesmos factos, sera que houvesse um corpo délies constituído. Neste eentido quiz-se argumentar com um texto da lei roman a (21), mas é improcedente 0 argumento (22) ; poisqie nelle nao se trata senao de uma medida de cautela, que fica suffici-entemente justificada, quando muitos peritos attestau a pro-babilidade de um facto especial (*a de u/ma gravidez*). O que se deve fazer é provocar um novo exame dos factos, sendo possivel. No caso contrario os tribunaes nao poderao resolver a diflículdade, senao applicando as regras usadas no caso de desacôrdo entre as teatemunbas, isto é, a verosimilhança dos depoimentos, sua forma, e por ultimo tambem a pluralidade das opiniões ; e, um ultimo analyse, 0 juizdevera seguir a'opi-

(17) iSobre 0 número de certes ferimentos sem impovtancia.

(18) Por exemple quando é évidente poder-se errar facilmente. H

(19) Fxemplo : da existencia de um ferimento morlal.

(20) Eutretanto foi 0 que fez 0 Codice bavaro, art. 205.

(21) L. 1> Dig. pr., de *Inspiciendo ventre*.

(22; Vide 0 artigo do autor nos *Arch. de Jurirpr. ci*». Il, p. 138.

niaomais favoravel ao réo (23). — Dissemos que a divergencia entre os expert's pode tambem versar sobre as suas conclusões (*M*) : neste caso é mister vêr dentre os expertos quai o que deve ser preferido em razão da sua sciencia e da sua habili-dade pratica ; por iaso o doutor em medecina é preferido ao simples cirurgi&o ; é mister tambem examinar quai a opiniao que parece melhor motivada. Porém o juiz nao obraria com prudencia, se quisesse fazer por si mesmo estas comparaçOes ; procedera com mais acerto ebamando outros peritos, que por lum novo relatorio tornariao mais facil a sua missão ; ou pe-dindo o parecer de uma facnldade medica superior, admittindo este recurso a organisação local (25). Quando, nao obstante todos os meios empregados, as duvidas continuao asubsistir, a regra determiua que se siga sômente a opiniao mais favoravel ao acusado (26).

Deverâ o tribunal prestar absolutamente fé ao parecer dos peritos, desde que fôr regular, e principalmente ao parecer de um collegio medico? Porcerto que nao, corao já dissemos : a pcova por peritos basea-se em um encadeiamento de probabili-dades racionaes, que o juiz deve pesar antesde declarar-se con-vencido. Em cada uma das causas ttvâ pois de decidir, se o relatorio convence. As leis modernaa consagrao este princi-pio (21), e dispoem que o parecer dos peritos nao pode ligar o

(23) Um perito muito digno de fé sustenta que verificou existir no cada-ver um ferimento, cuja existencia muito aggravaria a posição do réo : outro perito tambem digno de fé desmente o facto. Neste caso, e faltando outras provas, a prudencia ordena decidir neste ponto a favor do réo.

(34) Deinlin, *De medic. inter sentent, medicor. leg. arbit.* Alt. 1751. — Orden, crim- da Prussia, g 173.—Cod. bavaro, art. 265.

(25) Vide o Processo crim. comp. cap, 153, t. 2.

(26) Tittmam, L. O. III. p. 380.

f27) O Cod. do Proc. civ. francez diz no art. 322 .:• *Osjuixes nSo s&o obrC gados a seguir o parecer dos peritos, quando a sua convieção i contraria.*

tribunal, senão quando é fundado na razão e na verdade (28) j Reconhecem igualmente que o magistrado tem direito de perguntar a si mesmo se a sua convicção está formada, e, não] sendo obrigado a condeitar-se senão se sentir profundamente convencido, é evidente que não é obrigado a seguir o parecer dos peritos, senão quando conhece a certeza demonstrada. E não se objecte que, sendo assim, parece que o juiz se attribue conhecimentos superiores à ciência especial dos peritos, quando só pode decidir do valor de uma consulta científica aquelle que possui a ciência em grau elevado ; pois que a posição do juiz é muito simples, e exclue qualquer idéa de tal censura : as suas funções consistem em receber o relatório das mãos dos peritos, examina-lo e compara-lo na sua forma e teor com os motivos, nos quaes se funda, com as circunstâncias e provas de diversa natureza já existentes no processo. Não sendo o parecer motivado, o juiz só o pode considerar como uma opinião puramente arbitrária, insufficiente para o satisfazer (29). Quando os motivos só contem em fundo asserções sem fundamento racional (30) ; quando parecem relatados a pressa e sem harmonia, ou quando as premissas estabelecidas parecem dever autorisar consequências diversas das tiradas, e concluir que os peritos violaram as leis da lógica (31) ; o juiz não deve admittir a sua decisão tão viciosa. Outras vezes o relatório é bem motivado e inexpugnável na forma, mas são notoria e facilmente illusórias as leis científicas, que elle

(28) Ord. crim. da Prússia, § 388.~Cod. hav., art. 269.

(29) Kleinschrod, nos *Arch. do Dir. crim.*, V. n. 8, p. 25. Compare-se a sua opinião com a de Kittka, p. 236, nota.

(30) Exemplo : conclue o medico que houve envenenamento do facto de decompor-se rapidamente o cadaver.

(31} Exemplo : não obstante serem os peritos os primeiros a reconhecer que são incertos e fallazes os principios e as experiências científicas nas quaes se fundão ; todavia delles tirio conclusões precisas e positivas.



toma por ponto de partida ; ora o juiz, que isto sabe. não p del esquece-lo sem razão 32) ; e a sua convicção não pode firmar-se em opiniões que não lhe pareço fundadas ; mas como elle não pode substituir por outras leis, scientiftcamente reconhe-cidas, aquellas que os experts admittir o ; como. em nma palavra, não p de o juiz faser-se expert, segue-se que deve em ultima analyse communicar a os experts as suas duvidas, ou chamar novos. Quando o relatorio, mal fundado era seus mo-tivos,  mana de um collegio medico, a mais elevada autori-dade do paiz, e as leis locaes não permitem uroa ultima vesto-ria ; quando os homens da arte persistem \*nas suas opiniões, não obstante as duvidas manifestadas pelo juiz. e este continua a não ticar sufficientemente convencido da verdade das suas opiniões, são lhe resta decidir favoravelmente ao accusado, des-presando totalmente os factos constantes de um relatorio que não convenceu (33). Os motivos dos experts podem finalroente apoiar-se, f ra dequaesqner experiencias scientificas, em factos constantes ~do processo ; neste caso deve o juiz verificar a sua siucerdade por meio dos proprios autos (34), e ver se os dilos factos forão inteiramente considerados, e no seu verdadeiro sentido,e, quando elle a char duvidas, deve mostrar aos homens da arte onde esta o seu erro, ou, quando a vestoria   definitiva (como acontece em certos paizes). recusa-lhe f .

Estes pvincipios são tambem perfeitamente ap'plicaveis nas questOes de imputabilidade e de discernimento Porém sobre

(32) ExempLo : quando os peritos, no caso de infanticidio, dão como infal-liveis os resultados da experieucia pulmonar. — *Non. Arch. do Dir. Crim.* VU, p. 509.

'33' Exemplo : se os peritos sustentarem que a criança teve vida. H

!34) Exemplo : o expert em materia de envenenamento toma por texlo di-versos symptouias observados pelas lestemunhas durante a moleslia, mus não reproduz a mesma iinguagem de que usarão.

este ponto ha outros priucípios especiaes, dos quaes devemos dizer alguma cotisa (35).

Como os factoa de consciencia, que convém aqui examiner, nftopertencem aodorainio das seiencias medicas, tendo **tam-**bem legitimo direito de apreciação qualquer espirito cnltivado, e dotado de conbecimentos psychologicos sufficientes, a missao do juiz nesta vestoria especial adraitte maior liberdade e ex-| tensao, e as opinioes dos horaens da arte estao mais do que nunca suj'eitos ao aen exâme (36). Percebendo o magistrâdo qne os peritos adraittera uma lei, ou um principio reco-nhecido erroneo (por exempta em materia de liberdade liumana) ; que attribuera a falta de discewûmento *h* um certo estado da aima, quando o contrario é affirmado pelas sas theorias juridicas e psychologicas (37) ; nao pode pres-tarfê a um laudo assim baseado. em premissas radicalmente falsas. — Acontece ainda frequentemente que os peritos ulq trapassando os limites assignados à sua missao (38), affir-mao sem razao a ausencia do discerniraento ; sendo-lhes de ordinario apresentado o segninte queaito, *O accusatif) leria con~\ eiencia de si no momento do aclo ? Séria victime/, de um desar-ranjo mental, que o privasse da consciencia, ou o perturbasse compte lamente ?* Deve-se responder sômente a este simples que-sito, competindo depois ao juiz apreciar a resposta conforme a

(85) Vide no *Proç. crint, comp.* t. 2, cap.\* 147, uot. 1 e principalmente 2. um resumo da litteratura especial sobre estas questões tão diffleis. e cou- j Vrovertidas.

(36) O projecto da Orden. crim. uauov. de 1831. § 198, déclara, *que a deci- sSo em mdteria de imputabilidade e de discernimento pertence inteiramente^ d apreciaçSo do juiz.*

(37) Exemplo : os peritos expeudem uma falsa tlieoria a respeito de uma pretendida *Excandesçentia furibtm*da, ou mania inc'eudiaria.

(88) Jarke» *Manual do Dir. pen, allem.* t. 1, p. 169. — Woechter na *Re- vista critica de lubingue*, t. 3, n. 1, p. 81.

lei, e decidir se ha imputabilidade na especie. Algumas vezes, porém, os peritos vao mais longe ; arrog&o-se um defeito," que nao têm, eaffirmao a nao existencia da imputabilidade. Tal conclusao é inadmissivel ; e o juiz deverá trazer-los para dentro dos justos limites, pedindo-lhes novamente uma soluçao a respeito das questões de simples facto ; e se o segundo parecer fôr ainda defeituoso sob uma ou muitas das relações acima apontadas, o juiz não sera obrigado a segui-lo (39). Finalmente, quando os peritos affirmarem a existencia de um estado mental realmente exclusivo do dolo, mas continuar o juiz a ter duvidas a respeito da verdade da sua opiniao, deverá este declarar o accusado incapaz de discernimento ; porque, no caso de divergencia entre a sua opinião e a dos medicos, sera sempre mais prudente preferir o sistema favoravel ao accusado. Mas senao houver a minima incompatibilidade entre o discernimento e o estado da alma affirmado pelo experto, entao o juiz, sem fazer obra pelo parecer negativo, evidentemente erroneo, deverá decidir conforme as suas convicções juridicas e as disposições da lei (40) (\*).

(39) Vide o artigo do autor na citada *Revista de Direito*, n. 8. p. 824 ■

(-10) Muitas vezes os medicos declarão que o accusado obrou no estado de embriaguez completa e, por consequente, não tinha discernimento. O juiz não se conformará com o parecer, e pronunciará a culpabilidade [*culpa*].

(\*) Cada dia mais se reconhece que a economia da vestimenta é muito melhor compreendida na Alemanha do que na França, onde a economia de instrucao criminal são estatutos alguns preceitos completamente insufficientes. E' o que muito bem demonstrão dois sabios holandeses, principalmente em relação à medicina legal (vide o excellente livro dos irmãos Van-den Broeck, dos quaes um é medico, e o outro advogado ; este livro appareceu em Utrecht em 1845 sob o titulo seguinte : *de Uitoefening der geregtijlke Geneeskunde Nederland*)

O principal inconveniente na França é a falta, em cada districto, de um medico legal, oficialmente nomeado e possuindo conhecimentos especiaes necessarios ; dahi resulta que a escolha do experto é total mente abandonada ao 'procurador regio ou ao juiz da instrucção, e que muitas vezes o experto

chamado ngo tem as habilitações suficientes. Nem ha «m França collegios medicos enoarragados de oxaminar os relatorios dos primaires experts. Mon» disso quai n posição dos experts perante o tribunal do Jury î 0 Oodigo não dix ; e ainda nesta parte tudo é deixado a» poder arbitrario do présidente. Finalmente, é de lamentai- que os estudantes de âiretto não o um curso de raedecina légal ; porqne, quando cbégân a ser magistrados, é ftes| I inultas vezes impossivel comprehender a importanciadesta ou daqnella circuustnncia, formular qnesitos, examinar por si o relatorio dos experts, c, depois desle ûxame, formar a nia opiniln indépêdante. Na France existe sem duvida nm certo número de escriptores célèbres em relação a materi e os trabalhos de Orfila.de Devergie, de Olivier d'Angers, s5o com juste titulu aprecindos na Allemanha : mas estes nuteres serSo RufAcientemente apreeia-dns e estudados no «en proprio paiz?

Na Allemanha tedno estudante de direito o obrtgadn a assistir es es de médecine légal, e por isso entra melhor preparando na carreira judiciaria. Junte à cada tribunal e para o seu district» existe um uiedioo légal officiai pag" pelo Kstado.eqne sempre è chamado a dar o seu parecer nos easos emque se apte\*ei,ta iuna qneslão intéressante da sciencia. Em cada provincin , fui iccionn um collegio. ou pelo menos um relater médico (*referont\**, ao\* quaes s5o transroittidos os pareccres do medico légal officiai, quando o juiz não se ncha sulñcientemenle convencido. Finalmente lia na capital um *rottigio medico superior*. composte dos bornons mais notavela na sciencia, e que é chamado para dar o seu parecer em ultima instnncia, quando não forSo solvidas as difAcnldades e duvidas. Ooucebe-se, pois, que auteridade o empregode tedo» estes meios deve conferlr A vestoria.

Tem sldo muito discutlda a questSo de salier se os tribunaes flicSo ligados pelo parecer dos experts : os modernoe Godigos di Allemanha conferein nestaparta compléta liberdade ao Juif. A lei wurtembergueza, art. 101—102 détermina que quando o primeiro relaterte não sattsfnca, elle o remetta a auteridade medlca superior; devendo prevalecor. no caso de duvida, a opniisSo mats (avoravel ao aceusadn- (art. 294). Quando os medicos negfto ou duvidfio da existenciado diacernimnts no accusado. no quai reconheeem symptomns do alienação mental, o art. 295 do mosmo Oodigo obriga 0 juiz a aceitar as conclusses do seu relatorio, com tante que se apoiem em motivos puramente medicos \_ Nos termos da *Orden. do Proe. crim. badez.* art. 251, o juiz, nesta hypothèse, résolve a quoot&o da iinpntabilidade, tomando por ponte de partida o relatorio dos experts ; m is deve tambem fazer eabedal das declaraeões das testemunhns, que viverão na intimidade do accusado, a Tespeitede cujo character e estado mental conventeempre interroga-las ; finalmente as suas observações pessoaes tambem muito o auxilião para se esclai-recer. e convencer-se. [Nota tnanuscripta do autor)

FIM DA. TELICEIRA PARTE

Não continuâmes, do cap. V. em diante, com as nossas anotações, por nos ter declarado o editor, por favor ao qual fizemos a tradução, que qual-quer demora poderia causar-lhe graves prejuizos, visto estar outro editor imprimindo outra tradução da mesma obra. Por essa mesma razão o nosso trabalho (feito da noite para o dia) devia conter, e contem numerosos vícios e erros, dos quaes alguns nos escaparão, e a maior parte são devidos aos compositores, que também é natural que se desculpem com a urgencia exigida. Não era possível incluir em uma *errata* todos estes vícios e erros ; por isso apontamos na seguinte errata os mais notáveis, advertindo ao leitor que somente fazemos uma só emenda para todos os erros de identica natureza ; e que não emendamos a pontuação que esta muito errada, não só por-que isso demandaria muito espaço, como porque são os erros de importancia secundaria, e podem facilmente ser percebidos.

## ERRATA

| PAGINA  | UNB | ERRO          | EMENDA             |
|---------|-----|---------------|--------------------|
| IX      | 19  | e alguma      | alguma             |
| 16      | 13  | prescrevendo  | proscribendo       |
| 18      | 1   | erigir        | exigir             |
| 13 nota | 4   | concumilantes | concomitantes      |
| 22      | 20  | centurias     | centurias          |
| 24 »    | 1   | centurias     | Dig. ,             |
| » »     | 24  | dito          | <i>quætionis</i>   |
| » »     | 26  | quæstiones    | quesitos           |
| 25 »    | 16  | quisitos      | considerado        |
| » »     | 40  | considera da  | iurados            |
| 26 »    | 2   | iuradas       | N. L.              |
| » »     | 28  | N. S. É       | Domiciano          |
| 27 »    | 4   | Dominiciann   | privilegio         |
| 29      | 14  | privilegio    | nos ultimos tempos |
| 31      | 6   | nos ultimos   | improcedencia      |
| » »     | 10  | improcedencia | canonica           |
| » »     | 31  | cononica      | processus          |
| 32 »    | 2   | processo      | prova              |
| 33      | 11  | pena          | se tratava         |
| 34      | 26  | tratava •     | postos             |
| 35 »    | 31  | postas        | diversamente       |
| » »     | 9   | deversamente  | superstições       |
| 86 »    | 26  | superstições  | sociedade          |
| » »     |     | sociedade     | combateu-as >      |
|         |     | combateu-o    |                    |

## II

| PÁGINA | LINHA | ERRO | EMENDA                      |
|--------|-------|------|-----------------------------|
| 1      | »     |      | dividiu                     |
| 39     | »     |      | explicações                 |
| 47     | 5     |      | limitar-se a criticar as    |
| »      | 21    | ies  | aplicações                  |
| »      | 96    |      | proscreever                 |
| »      | »     |      | preocupação-se              |
| »      | »     |      | judiciosamente              |
| >      | 10    |      | estiverem                   |
| »      | 25    |      | fôr                         |
| »      | 26    |      | der                         |
| »      | 27    |      | inexplicáveis               |
| »      | 30    |      | em querer se .              |
| 53     | »     |      | I                           |
| »      | »     |      | em suppor-se                |
| »      | »     |      | desconfiança                |
| 58     | 9     |      | encontrou-se                |
| »      | 27    |      | outorgada                   |
| »      | 31    |      | seculo XIII                 |
| 57     | 34    |      | liugã XIII fundados limita  |
| »      | 12    |      | va provas desconfiado       |
| 59     | 14    |      | desde desuso Opéra om       |
| »      | 27    |      | Juiz proferir 'esta opinião |
| 60     | 30    |      | delicto (32) effeitos na    |
| »      | 3     |      | absolutio accusação acaso   |
| »      | 11    |      | o que não principio o       |
| »      | 8     |      | accusador pode in           |
| »      | 5     |      | contiuenti científico       |
| 63     | 15    |      | conservaa accusatoria do    |
| 68     | 11    |      | systema a quai quem         |
| 69     | 10    |      | pretendesse que de          |
| 70     | 21    |      | facto é os julgamentos      |
| »      | 14    |      | sejão o                     |
| »      | 17    |      | mais                        |
| 74     | 21    | H    | inquirição                  |
| »      | 7     |      | em um e outro prato         |
| 75     | 8     |      | accusador particulãr        |
| »      | 35    | H    | conforma sinceras vicloso   |
| 70     | 5     |      | desconfianças Existem       |
| »      | 7     |      | alem disso francez já       |
| »      | 7     |      | ligado                      |
| »      | 16    |      | scientificos                |
| »      | 24    |      | oocervão                    |
| »      | 26    | B    | acusatoria                  |
| 77     | 6     |      | no svstema                  |
| »      | 21    |      | o anal                      |
| »      | 24    |      | de quem pretendesse que     |
| »      | 25    |      | facto                       |
| »      | »     |      | os julgamentos o mais       |
| 78     | 1     |      | iniquição                   |
| 80     | 24    |      | em uma e outra hacia        |
| 83     | 10    | JC   | accusado particulãr         |
| » 84   | e8    |      | co informe                  |
| »      | 18    |      | scinceras                   |
| » » 85 | 3     |      | visioso                     |
| »      | 9     |      | disconfiaucas               |
| »      | 1     |      | Existe                      |
| »      | 2     |      | de outro lado               |
| »      | 7     |      | francez                     |
| »      | 8     |      | ' que já esta ligado        |



| LINH | ERRO                    | EMENDA                     |    |
|------|-------------------------|----------------------------|----|
| 8    | instracção              | instracção                 | H  |
| 1    | e emquanto que ans      | em quanto uns              |    |
| 18   | de quem a allega        | de quem os allega          |    |
| 19   | intencionanelmente      | intencionalmentê           |    |
| 80   | probalidades            | probabilidade              |    |
| 8    | que nossa ser dada      | que nossa ser dado         |    |
| 3    | a hacia da balanca      | o nrato de balanca         |    |
| 24   | svnonimo de certeza     | svnonima da certeza        |    |
| 7    | os mesmas               | as mesmas                  |    |
| 27   | hacias da balanca       | nratos da balanca          |    |
| 21   | cupabilidade            | culpabilidade              |    |
| 17   | enntfmeracão            | enumeracão                 | li |
| 8    | pena                    | pvoa                       |    |
| 29   | desconhecidos           | desconhecidas              |    |
| 11   | RTOV6S                  | graves                     |    |
| 27   | simnlezmente            | sironlesmemte              |    |
| 27   | appoiav-se              | apojar-se                  | H  |
| 10   | viciara                 | vício                      |    |
| 16   | ideia                   | idéa                       |    |
| 1    | 1870                    | 1880                       |    |
| 15   | são inteiramente livres | tem plena liberdade        |    |
| 18   | base                    | bases                      |    |
| 14   | do processo             | no processo                |    |
| 3    | anoio                   | anoio                      |    |
| 25   | nroferida               | nroferidas                 |    |
| 27   | de sciencia             | da sciencia                |    |
| 0    | adressem-nos em dizer   | adressemos em dize-lc      |    |
| 8    | examinar                | examina                    | H  |
| 25   | a uma impunidade        | â impunidade               |    |
| 26   | nnoie                   | anoie                      |    |
| 25   | um ultima               | em ultima                  |    |
| 30   | faltem                  | faltão                     |    |
| 6    | capacidades             | H condicoes de icloueidade |    |
| 19   | nartecinão              | narticinât                 |    |
| 14   | forão                   | favão                      |    |
| 18   | iiilina-se              | inclina-se                 |    |
| 20   | i m compati veis        | incompatíveis              |    |
| 14   | irmães                  | irmSas                     |    |
| 14   | iuriz                   | iurv                       |    |
| 1    | a absolvarem            | a absolver                 |    |
| 17   | enfim                   | enfim                      |    |
| 21   | sô se vê                | sô se vêem                 |    |
| 24   | por ponto de            | por termo de               |    |
| 1    | disculnai"              | desculnar                  | H  |
| 1    | vistoria                | vistoria                   |    |
| 83   | documentes e            | documentos materiaes e     |    |
| 12   | (documentos)            | (documentos materiaes)     |    |
| 24   | doctmentos              | documentot materiaes       |    |
| 7    | legados                 | lesados                    |    |
| 4    | imprudencie             | imprudencia                |    |
| 0    | fecusado                | acevsado                   |    |
| 7    | pagamento               | pagaroento                 |    |
| 17   | domonstrem              | demonstrem                 |    |
| 4    | indireita               | indirecte                  |    |
| 7    | consumado               | consummado                 |    |
| 8    | provas de consiencia    | de consciencia             |    |

# IV

| PAGINA      | LINHA              | ERRO          | BMISSNDA*                                 |
|-------------|--------------------|---------------|---|
| 205         | antes do cap. XXI. |               | PARTE<br>jeli fica-<br>(expen-<br>e exame |
| 218         | 9                  | nclic         | SEGUNDA                                   |
| 224         | 24                 | os resultado  | Da prova                                  |
| 226         | 9                  | verifica      | çSo judiclaria                            |
| » nota 5    |                    | loi           | encia pessoal.                            |
| 288         | 9                  | para          | locale                                    |
| 240         | comparecerem       |               | nelles                                    |
| 243 nota 27 |                    | podessem      | os resultados                             |
| 244 265 3   |                    | que sejam     | verifica foi                              |
| chamados    |                    |               | para comparecor                           |
| 5           |                    | casualidade . | possao que seja                           |
| 5           |                    | por regras    | chamado                                   |
|             |                    |               | causaljdade por                           |
|             |                    |               | meio de regras                            |



# INDICE

|  | PAGINAS |
|--|---------|
| Advertencia do traductor.....  | v       |
| Prefacio do traductor francez.....   | vu      |
| Prefacio do autor.....   | v       |
| Part© Primelra   |         |
| Da prova em materia criminal e da sua organização divers», conforme a<br>sentença deva ser proferida por juizes propriamente dites (letra-dos),<br>on pelos jurados. |         |
| CAPITULO I   |         |
| Importancia da prova no processo criminal.....   | 13      |
| CAPITULO II  |         |
| Historia do progresso das idéas em materia da prova.....   | 201     |
| CAPITULO IH  |         |
| Influencia sobre a prova das duas formas fundameutaes do processo, ou<br>do processo por via da accusação, e do por via de instrucção.....                           | 56      |
| CAPITULO IV  |         |
| Formas mixtas do processo.....   | 71      |
| CAPITULO V   |         |
| Belações e analogias entre a prova em materia criminal e a prova em<br>materia civil.....  | 85      |
| CAPITULO VI •  |         |
| Da prova em gérai e especialmente da prova uo processo criminal....  | 93      |
| CAPITULO VII   |         |
| Da verdade, da certeza e da convicção.....   | 931     |
| CAPITULO VU!   |         |
| Do systema seguido pelo legislador na organização da investigação da<br>prova.....   | 111     |
| CAPITULO IX  |         |
| Dos ensaios tentados em di versos paizes para construir uma theoria ou<br>systema légal da prova.....  | 118     |

## PACHNAS

Quai é o verdadeiro caracter, e quai o valor real da theoriada prova  
seguida na Allemanha i, ! ^ ! ! { . t . t . s . , . j . . . . . 121

Exame da theoria da prova segundo o projecto bavaro de 1881 ..... 133

|  |     |
|--|-----|
| Exame do systema seguido nos Paizes Baixos em cons'equencia da promulgaçao da OrdenaçSo criminal de 1880 ..... | 136 |
|--|-----|

Do jury em suas relações com o systema da « provas legaes. ...., u<, t 138

Exame da systema mixto. que confêre a attribuição de proferir a seu-tençaa  
juizes ordinarios, mas sem tb.es traçar regras de prova...., 159

Das fontes da certeza ..... 167

Dos meios de prova.!. "Â. ã? "?, :!.....: \*W\$%!. (<f. ãT &\*. \$?\* &.1» 174

Dns divisões da provas, e mais e~pecialmente da prova perfeita e im-  
perfeita, natural e artificial..... 179

Do omis da prova. Esta expressão pode ter un» sentido rigoroso no pro-  
cessocriminal ? ..... 183

## Pravas da occusação..... 193

Provas da defesa..... n 195

## Relações entre uma e outra prova ..... •/... 201

judiciaria (experiencia pessoal e exame local.

## VII

### PAGINAS

|   |     |
|---|-----|
| CAPITULO XXI  |     |
| Da verificação judicial em geral. Das fontes da sua força probatoria.   | 205 |
| CAPITULO XXII   |     |
| Quando se deve proceder à verificação judicial.....   | 217 |
| CAPITULO XXIII  |     |
| Como se procede à verificação judicial.....   | 215 |
| CAPITULO XXIV   |     |
| Das regras que convem observar em materia de verificação judicial<br>segundo a natureza diversa dos crimes a cujo processo de averigua-<br>ção se procede ..... | 219 |
| CAPITULO XXV  |     |
| Das regras de apreciação -da força probatoria da verificação judicial<br>e dos efeitos desta verificação .....  | 223 |
| Terceira Parte  |     |
| Da prova por peritos.   |     |
| CAPITULO XXVI   |     |
| Natureza da prova por vistoria.....   | 226 |
| CAPITULO XXVII  |     |
| Caractères da vistoria segundo as diferentes legislações.....   | 234 |
| CAPITULO XXVIII   |     |
| Das regras a seguir quando tem lugar a vistoria .....   | 239 |
| CAPITULO XXIX   |     |
| Da vistoria segundo as diversas especies de crimes, e das regras a<br>observar em cada um dos casos.....  | 255 |
| CAPITULO XXX  |     |
| Das regras de apreciação da força probatoria das vistorias .....  | 263 |



# TRATADO

Dà

## PROVA EM MATERIA CRIMINAL

TYPOGRAPHIA DE J. M. A. A. DE AGUIAR

103

RUA DA AJUDA

106

# TRATADO

DA

## PMA 1 MATERIA CRIMINEL

ou

. EXPOSIÇÃO COMPARADA DOS PRINGIPIOS DA PROVA EM MATERIA  
CMMINAL, ETC., DE SL'AS APPLICAÇÕES DIVERSAS NA ALLEMANiia, FRANÇA  
INGLATERRA, ETC.

PELO

PRESIDENTE DA CAMARA DOS DEPItADOS DO GRÃO-DUCADO  
DE BADEN, PROFBSSOB KA UNIVERSIDaDE DE HEIDELBEBG, MEMBBÛ  
COBBESPONDENTE DO INSTITUTO DE FBANÇA, ETC.

TRADUZIDO PELO ADVOGADO

ALBERTO ANTONIOSOARES

## TOMO II

NA LIVRARIA DO EDITOR A . A . DA  
CRUZ COUTINHO





## QUARTA PARTE

Da confissão do indiciado.

### CAPÍTULO XXXI.

MOTIVOS DA PROVA POR CONFISSÃO.

Em relação a esta prova, o povo tem opiniões muito notáveis ; nunca se convence tanto da culpabilidade do indiciado, como quando sabe que este fez uma confissão completa (1). Mas, qualquer que seja a confissão, qualquer que seja a sua forma, a convicção da sua sinceridade não se opera senão sob certas condições. Quem ousaria condenar o seu semelhante, somente porque se apresenta em juízo a denunciar-se a si próprio, como autor de um assassinato consummado há seis annos ? Requer-se antes de tudo a concordância provada entre a confissão e as circunstâncias do processo, e da parte do accusado, a postura em perfeita harmonia com a idéa que formamos daquella, que deve ter um homem impellido pela sua consciência a descobrir a verdade (2).

Nestas condições cedemos ao predomínio de uma presump-

(1) Na França observa-se também que os jurados, quando pronunciarem o *verdictum* de culpabilidade, sentem a sua consciência alliviada, logo que o indiciado confessa.

(2) Oarmignani, I. & IV. p. 131 a 149.

ção natural, segundo a qual a consciência do malfeitor o tortura, e lhe ordena a denunciar-se a si próprio (3). Todavia, muitos escriptores antigos (4) e modernos (5) sustentam o contrario : na sua opinião a confissão é um phenomeno contrario a natureza ; pois que esta, dizem elles, impoe silencio ao culpado ; qualquer homem de espirito se trata de evitar o que elle pôde causar prejuizo, e somente uma perturbação mental, ou o desgosto profundo da vida, o pôderia levar a expôr-se espontaneamente a um grave perigo. Em apoio deste systema faz-se cabedal das opiniões correntes em Roma' (6) ; sustenta-se que a lei romana «considera a confissão, como contraria à natureza ; mas tal asserção é completamente infundada ; e a passagem de Quintiliano, com a qual se argumenta, explica-se pela propria especie *h* que se refere : nella trata-se de um insensato que tinha feito uma confissão, e o grande orador empenha-se em fazer sobresahir a ridicula obstinação de um juiz que queria"1 condemnar, baseando-se em uma confissão frivola (7). Além disso, esta theoria esta em » completa contradicção com as noções mais vulgares sobre a consciência hu-

(3) Hoinroth na *Revisão de Hitsig* n. 41, p. 87 e, n. 42 p. 261.

(1) Filangioi,- *Systema da Legislação*, c. S, p. 179. — Risi, *Animadvers. ad jus crim.*, p. 80.,

(5) Meyer, *Espirito, Origem, etc.*, n. 6," cap. 12.

(6) Arguinp. n.º 318, com uma das *declamações* attribuidas a Quintiliano, n. 318, 814, onde se lê as palavras: *Eanatura estomnis confessionis. ut possit videri démens qui confitetur de se.*— Vidº Bonnier, *Tra-t'ado das Provas*, p. 270.

(7) Niccolini, *Proneúra pinale* 2—parte, vol. 1, ]?• 230, segue a verdadeira doutrina.

■

mnna (8). E'certo que nada pôde impur silencio a voz da aima : desde que o crime foi consummado, trava-se uma lucha interior no espirito do culpado ; a sua consciencia falla tao alto como o. fseu interesse"; e elle nao pôde mais encontrar o repouso interior sem alijar o fardo do seu remorso ; confessa en tao, para obedecer as vozes da ver-dade que o guia,. e préfère an tes expor-se & pena de seu crime, do que prolonger por mais tempo um martyrio insupportavel(9). A experiencia constantemente demonstra, que, até o dia da confissao, elle manifesta todos os symp-tomas da inquietação, de um tormento interno; depois da confissao, mostra a calma de uma consciencia alli-viada. Se elle persiste em negar, asuapostura emjuizo, em presença dos motivos de suspeita e das provas contra elle produzidas, o trahe frequentemente : quantas vezes- os jurados nao têm declarado o accusado culpado, sô pela razao de ser necessario que elle se sentisse tal, para se collocar de certo modo *em* sua presença ; pois que, mão grado seu, o seu aspecto lhes pareceu uma confissao muda (10) ? Ve-se, pois, que a confissao do indiciado, isto é, a declaraç&o pela quai afiirma a verdade de um facto que lhe é imputado, e que lhe ëj^por conseguinte, prerjudicial (11),

(8) Mguns autores (como Cremani *jus crim.*, n— 3, cap. 27, § 12) vão longe de mais, austentando que a causa da confissao é o amor da verdade innato em nos.

(9) Bentham, *Tratado das provas*, n. 1 p. 354.

(10) Esta tambem o a opinião de Heinroth, l. c, nota 3.

L •

(11) Vido sobre a confissao em gérai :—Heineccius, *de Religione judicant. circa reor. conf.*—*In opusc. exerc.* 17. —Willenberg, *de Inefpcaci crim. conf.* Godau. 1721.— Hagenbruch. *de Effectu confess. in crim.*, Lfps, 1739. —Verbruch, *de Confess. rei et revocat.*, Amstol, 1794.—Kleinsclu-od nos *Ant Arch. dodir. Crim.*, V, 4 art.,-n 8.—Tittman, *Da Confissao, e da Rétracta\** ção em matdria criminal, Hallo, 180

tem muita importancia em materia criminal, se bem que seja necessario considera-la de diverse modo, se-gundo a forma do processo. Séria contrario *h* evidencia negar ser ella *vm meio de prova* (12) ; em materia cívjl concebemos que tivessé podido ha ver dũvida a respeito, quando se considerava a prova sob um ponto de vistà exclusivo de mais. Pódia-se dizer : ja não ha mais processo, quando existe a confissao, pois é mister que haja contestaç&o da verdade de um facto em litigio, ainda que tenha lugar a prova ; mas, em materia criminal n&o Se pôde admit-tir esta asserç&ão ; pois que para o juiz a confiss&o n&o é mais do que um meio de formar a sua convicç&o, quando aceita como verdadeiros os factos confessados peloréo (13). Ha poi# grande differença entre a confiss&o, meio de convicç&o no processo criminal, e a confiss&o ou o reconhecimento no processo civil : este admite o principio da renuncia e da desistencia ; assim como é licito â parte, arbitra dos seus intéressés pecuniarios, lançar fora e espalhar o seu ouro, se llie parecer, assim tambem pôde ella renunciar a seus direitos évidentes, ' quer confessando ô que n&o é veridico, quer reconhecendo a procedencia das pretenções contrarias : mas o processo criminal n&o admite esta desistencia, pois que o seu fim é. a mani-festaç&o da verdade material absoluta ; o inquisidor deve investigar igual e escrupulosamente todos os factos confessados, e as suas circumstancias, ainda as mais acces-sorias ; porque é mister que o juiz possa decidir, se o réo

(13) Vide o *Proc. crim comp.* t. 2, cap. 161.

(13) Vido lambeih Matloei, *de Crim*, li'v. 48, Ut. 15 cap. 7,u 2, que nlo quer ver na confissao os caractères da profit; mas nio sao procodentes o» motivos que allega

foi sincero na sua confissão. Deste principio resulta, que o accusado não deve ser acreditado pela sua simples declaração, e que, para ter força probatoria, a confissão deve preencher ruitas condições, e rodear-se de presumpções de diversas naturezas. Tendo-se sômcûte em vista a evidência material, parece que ella deve fazer prova completa; e com effeito," em que consistirá ella, se não é em um testemunho referido por um individuo sobre factos que cahirao sob a observação immediata dos seus sentidos (14)? e não sera mais digna de credito esta testemunha por ter representado o principal papel nos acontecimentos por ella referidos, e cujas minuciosas particularidades conhece melhor do que ninguém ? Mas colloando-se em outro ponto de vista, vê-se que o confitente falla em causa propria, e que, desnaoralisado pelo crime, não pôde inspirar confiança alguma, salvo se circumstancias especialissimas, fazendo desaparecer as duvidas, confirmarem ao mesmo tempo a sua veracidade. A persuasão que dimanada da confissão 80 chega ao juiz com o auxilio de uma wul-tidao de presumpções, que se encadeiûo. Em primeiro lugar, o réo, quando confessa, depoe contra os seus interesses (15) ; sabe que incorre na pena merecida pelo seu crime, e já isto é bastante para destruir a objecção tirada do facto de fallar em causa propria, ûepois, deve-se convir que é preciso que um homem tenlia motivos muito graves, para dar um passo tao insolito, quai o de denunciar-se

(U) *Arestos do Tribunal Supremo, de Parchim, 1 parte, p. 76*

(15) L. 23j §11, D. *ad leg. Aquil.* — L. 58, D. *de JRejtdic* (S)

(S) Vide o que dissemos na nota (S) à nota 15 do Autor, Cap. 2, sobre a primeira lei. A segunda lei, referindo-se a um decreto de Marco Aurelio. firma a regra de que a causa pôde ser decidida pelo juramento, *porque o juramento judicial tem a força de causa julgada.*

II.

3k

«

V

a si proprio, expondo-se livremente e de boni grade « um mal material. Dever-se-ha attribuir o motivo a uni desarranjo de espirito, vendo-se no confitente um louco que no seu delirio se arremeça à morte, e inventa, para este fim, falsas circumstancias de Um pretenso crime (16) ? Dever-se-lia attribui-lo antes a um calculo habilmente combinado na esperanca de encontrar certos beneficios eventuaes (17), ou de salvar outra pessoa (18) ? Finalmente, dever-se-lia attribui-lo aos dictâmes irresistiveis da cons-ciencia? Quando, depois de um estudo attento, parecer demonstrado, que o accusado possui complêta sanidade de espirito, e que nada tem a ganhar com a confissao, é muito naturel pensar que sô o remorso foi o seu mobil.

O modo da confissao augmenta o credito que esta é car paz de inspirer, é elle muitas vezes sufficiente para démons-trar que o réo comprehende toda a gravidade das conse-quencias das suas palavras (19) : e séria difficil admittir nBo serem sérias as suas palavras, quando elle as profere, por exemplo, perante o tribunal compêtente para o condem-nar, ou perante o juiz, cujos actos mais tarde serviras de base à sentença defiuitiva.

Convém igualmente examinar por que meio foi o réo levado a confessar ; se o juiz no interrogatorio se limitou

(16) Kitka, p. 120

(17) Tem-se viato iudividuos, condemnadas à prisão perpétua, declararem-se culpados de um crime, consummado longe do lugar em que se lachão, afim de serem alli conduzidos, e procurarem a possibilidade da evaaSo

(18) Por exemplo : na esperanca de salvar um amigo ou parente, auior real do crima

(49) Benlham, *Tratado da» Provas*, \l. II, p. SôU

t

strictamente a pedir-lho explicações «obre os factos da accusação, ai se absteve escrupulosamente de qualquer suggestão funesta ; se, fazendo-lhe simples perguntas sobre o facto, não o levou, sem que elle o percebesse, a responder a ellas affirmativamente, e sob a forma de confissão ; eutão o confitente pôde ser acreditado nas suas palavras ; a sua confissão é a expressão do que fez, e do que viu ; o interrogatorio despertou-lhe os remorsos, e estes obrigá-lo a fallar.

Esta presumpção torna-se duplamente vehemente quando a sua pessoa, no momento em que falla (20), revela o pesar profundo e sincero da má acção que praticou, e a necessidade de escapar por qualquer preço as torturas da consciencia.

Mas ha ura caso principalmente em que a confissão determina irresistivelmente a convicção em qualquer espirito reflectido, que possua o instincto da verdade : é aquelle em que os factos relatados são demonstrados verdadeiros *aliunde* ; em que as particularidades referidas são podião ser conhecidas pelo autoi\* do crime, de sorte que não se possa comprehender como o réo poderia estar delias informado, se fosse innocente (21). Tendo elle descripto exactamente os

(20) Por isso considera-se muito importante no processo criminal allemão verificar pelo processo verbal *a postittra c os gestos do accusado* (*Geberdenprotokoll*); por este meio o juiz, que não assistio ao interrogatorio, fica conhecendo, é verdade que imperfeitamente, quai a sua postura durante a informação. Vide o artigo do autor *non Arch. novos do D.C., t. 1, n. 112.*— (Na Franca, onde a lei não prohibe inserir nos autos estas uteis observações, que o juiz da instrucção bem poderia consignar nos interrogatorios, são muito raras vezes o temos visto fazer, para não dizer, nunca ( Nota do trad. fran.)

(31) G. O. O., art. 53.

ferimentos verificados no cadaver da vjctima ; tendo a, mente as mesuras dimensoes das feridas a faca que elle désigna como instrumento) do crime, como pôde elle saber tauta cousa, se nao é. culpado ? E.' preciso, para o expli-car, nada menos do que ura concurso de circumstancias extraordinarias.

Finalmente, um ultimo facto pôde demonstrar a sinceridade da confissao,é a obstinaçBo inflexivel do réo em confirmar as suas primeiras declaraçOes (22) ; é a concordancia perfeita em tempos diversos, e sob a influencia de différentes impxessoes ; se o réo tivesse meitido, a diversidade dais circumstancias, sob cujo dqminio se achou, teria entfto influido nas suas declaraçOes,

Portante, para nos é cousa fora de duvida : a *tinta* confissao nao forma a conyieçao do juiz, e esta sô pôde ser foymada coin o auxilio de presumpçOes\* racionaes, tiradas da obser-vaçao quotidiana das leis da natureza humana, e da expres-sao das physionoinias ; atlquiridas estas presumpçoes, o iuiz verifica a confissao, recorrendo as outras fontes de informaçao existentes ; e finalmente se a aceita como verda-deira sob mua ultima condiç&ao : é a de parecêr-lhe ter tido o réo firme desejq de diçer a verdade (S)>

(22)0. 0. 0., art. 91.

(S). A nossa legislação reconhece na confissao um verdadeiro meio da prova plena, deado que réunir certas condições, isto é, ser feita perante juizo compétente, ser livre, ecoincidU' cqm as circumstancias do facto.art. 94 do Cod. do Proc. Mas se. nãq ouatante réunir todas estas condições, a con-vieçao dos jurados reçus a-la ?

Muitos entendem que o nosao jury é soberano, e sô tem de dar contas & sua consciencia e a Deos, e partindo de taes premissas, concluem que pôde o jury deixar de condemnar. Em apoio desta doutrina ha opinioes muito autorisadas.

*Ht*, dissemos que a forma do nosso processo era mixto, nao obstante



## CAPITULO XXXII.

DA ECONOMIA DA CONFESSÃO, E DAS SUAS CONDIÇÕES SEGUNDO A  
DIFERENÇA DAS LEGISLAÇÕES E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUTIVOS  
DO PROCESSO CRIMINAL.

As diferenças fundamenteaes entre o Systema d'ac-  
cusação e o da inquisição actuao sobre todas as partes do pro-  
cesso, não tendo a theoria da confissão escapado à sua  
influencia.

approximar-se do systema accusatorio da Inglaterra e dos Estados-Unidos. A  
lei preceitua algumas vezes a verdade formai, isto é, aquella que na forma légal  
deve ser tida como tal, desde que provier de oerta prova, e forem cumpridas  
certas condições. Para que nos convençamos disto, basta ler alguns preceitos  
da nossa legislação. O jury em relação à prova esta sujeito a algumas regras  
legaes.

Não deve eoudemnar pela prova circumstantial, desde que se basear em  
preferências, por mais vèhementes que sejam, e ainda que o convenção»  
porque o art. 36 do Cod. Grim. é terminante a respeito.

Pelo contrario, deve condemnar pela confissão nas condições legaes, ou mais  
propriamente, d'ive reconhecer provado o facto criminoso pela confissão  
comos requisitos legaes, porque o art. 9i do Cod. do Proc. nas palavras—*prova  
o delicto*—estabelece uma regra de prova légal, à qual deve submetter-se o jury.  
Basta attende-se para a restricção final desse orlgo, sujeitando o réo à pena  
immediata no caso de morte, *quando não haja outra prova*, para se concluir  
que o legislador estabeleceu aqui um meio de prova légal que prende o juiz,  
seja elle quem for, ainda que a sua convicção o levé a considerar o 'acousado  
mais ou menos culpado.

Entre nos o jurado jura tor diante dos olhos Deos e a lei; logo deve obedecer  
a esta ainda que a sua convicção lhe dicte outra cousa (art. 253 do Cod. do  
Proc.)

Portante ha tambem no nosso processo feições muito pronunciadas do  
systema da instrucção e julgamos que da harmonia destas duas formas, esta e,  
do systema mixto, resultarão maiores vantagens do que da forma pura de  
qualquer dos systemas.

Não concordamos com a theoria que considera doudo todo aquelle que  
confessa o seu crime, *por ser um facto extraordinario, contrario à natu-veza  
humana*. Quem assim pensa desconhece os phenomenos psicologicos do  
espírito, e a natureza moral do homera. A voz da consciencia é 4g

O principio da accusação exige o comparecimento em juízo de um acusado, que logo a principio articula a perpetração do crime com todos os seus caracteres, as provas que pretende produzir, incumbindo-lhe a obrigação de provar os diversos artigos da accusação. Portanto, o processo criminal aqui consiste em uma relação entre as provas da sua parte e as da parte do acusado, e nos esforços de

vezes mais forte do que o instincto de conservação ; impelle irresistivelmente o criminoso a confessar o seu crime para alliviar o peso do remorso, que se torna insupportavel no silencio e na solidão.

Tambem não concordamos com aquellos que querem que se diminua o grau da pena sempre que a unica prova for a confissão. Julgamos que a unica excepção plausivel é a do art. 01 do Cod. do Proc, porque a pena de morte é irreparavel.

Porque se lie dar mais credito á declaração de duas ou mais testemunhas do que a voz da consciencia manifestada pela confissão, desde que reunir as condições legais ? Se para isso influe a possibilidade de confessar o acusado falsamente o crime por querer perder-se, ou por quizer salvar o verdadeiro culpado, então o argumento provaria de mais. porque é mais possivel que duas ou mais testemunhas so combinem por qualquer motivo para perder o acusado.

O legislador deve deixar toda a liberdade possivel á convicção do jury. mas não tanta que lhe conceda a omnipotencia. Algumas regras legais de prova tem a grande vantagem de, em um paiz pouco adiantado, conter o jury em seus desvios.

Não duvidamos que a soberania do jury, na apreciação das provas e no julgamento, seja o ideal do processo ; mas esse ideal so pôde ser realizado em uma sociedade muito adiantada; e é notorio que entre nos o jury não offerece as necessarias garantias para a punição dos culpados.

O proprio jury inglez, que é considerado o typo do systema, nem sempre deu as mesmas garantias que hoje dá; a historia dos reinados de Henri que VIII, Carlos I, Carlos II e Jacques II o demonstra, Mittermayr, *Traité de Proc. Crim. en Angleterre-, en Ecosse et dans l'Amérique du Nord. trad. par Chauffard*, § 1.

Finalmente o art. 449 § 1 do Regul. de SI de Janeiro de 1842 demonstra que, segundo a nossa legislação, o jury não é tão soberano e onipotente como se quer. E' essa uma prescrição, que pertence ao systema da prova legal, e que esta em desharmonia com o systema accusatorio puro.

a»bo« para obter cada um a seu faror a convicção do juiz. Este, nos interrogatorios a que procède, nada mais faz do que dar publicamente ao accusado conhecimento da queixa, e dos motivos em que esta se fuada, e colioa-lo em circumstancias de poder allegar a sua defeza ; nao procura extorquir-lhe uma confissao por perguntas capcio-sas, pois que séria ir contra as tendencias do systema da accusação. Qualquer coacção para este fim séria contraria a justiça, assim coino qualquer confissao séria contra a natureza. Compete ao accusador produzir a prova, sera esperar ou provocar uma confissao da parte do réo ; e colher os documentos proprios para demonstrar os capitulos da accusação, nao lbe sendo jamais permittido contar com a confissao da parte do adversario. Dando-se todavia a confissao, faz-se délia uso de modo analogo ao que acontece no processo civil ; é o fim de toda a contestação, e da defeza da accusado ; tornando-se completamente inutil examinaí se este é sincero, sendo o processo uma lucta travada entre ambas as partes ; e o accusador nao é obrigado a produzir mais prova, desde que o seu adversario reconhece pela confissao a procedencia das suas conclusoes.

Mas o contrario acontece sob o regimen do processo inquisitorial, onde o fim principal é a manifestação da verdade material em toda a sua perfeição ; por isso, e pelos motivos expostos no capitulo précédent, a confissao deve ter um lugar muito importante entre os meios de verificar a verdade. Isto torna-se ainda mais évidente, quando se atende a que, no começo do processo, o juiz inquisidor começa pela duvida a examinar os factos isolados, dos quaes parece résulter a imputação contra alguem ; esta longa analyse, este exame attente de todas as circumstancias, este emprego escrupuloso de todos os meios de prova, têm por unico fim dar mais tarde ao juiz do plenariô os

eleutēitōs da sua decisão sobre a verdade absoluta da formação da culpa. Tomando em Consideração os interesses do acusado, a q̄iēfri muito convém conhecer desde logo \*as provas contrarias, o juiz summariante, nos seus ifrterrogatoriōs, procura fornecef-lhe todos os m'eibs" de se justificat plenamente, ao passo qUe trata de coier ao mesmo tempo os documentas essenciaes para apreciar os niotivbs existentes de suspeita. Além disso, como a confissão constitue uma excellente fonte de Certeza, e se pôdè com ràzEb esperar muito dos conselhos da consciencia, que mUitas vezes obriga o culpado a fãiar, mão grado seu, o juiz no interrogatório deve tentar actuar sobre o seu'ēspirito, inspirar maior força aos impetos da consciencia, diminuir a.influeucia da razão do interesse que talvez em tal mo-mento nao aconselhe senão a mentira ; e se forem felizes os seus esforços, o culpado, cessando toda a resistencia, descobrirâ a verdade inteîra.

O interrogatorio, pois, ; deverá seî dirigido, segundo as regras que decorrem do seu objecto (1) ; nao deve prejudicar ao innocente que, oppondo calmas denegações as solicitações do juiz, justifica-se sufficientemente e faz desde logo canif a accusac&o, limitando-se a narrar os factos sinceramente, quanto a elle (2). A regra exige então (3) que cada facto lhe seja apresentado isolada e successivamente ; por este meio pôde fazer conhecer a verdade incontinent^ dando explicações sobre cada um. délies \ as per-

(1) Vide o *Proc. Orim. comp.*, T. I, Oap. 100, 101.

(-<{} Désigna ndo, por exemplo, o lugar cm que se achava no momento do crime.  
M

<» Carmignani, Vñi p. 65, 131, ML.

Quotas devem ser feitas ao seu alcance, segundo a sua condição individual, e o juiz as modelará sobre as variações incessantes do seu espírito, a fim de aproveitar o momento oportuno da confissão. De outro lado, a verdade proíbe que ellas sejam formuladas de tal sorte, que deva ser considerado culpado o accusado innocente, só por confessar os factos ; o que equivale a dizer que o juiz deve fugir de actuar por via de suggestão, ou de astúcia.

A confissão, assim entendida, occupa lugar e representa papel muito mais importante no processo inquisitorial, do que no processo accusatorio ; mas, como dissemos, não faz prova só pelas declarações do individuo, sendo-lhe necessario reunir mais certas condições para obter a conviction do juiz.

O direito communi da Alemanha extrahio, de fontes muito diversas, regras para a confissão ; mas essa diversidade se explica perfeitamente, segundo o predomínio de uma ou de outra das formas do processo criminal.

Passemos em revista summariamente - as fontes principais.

Na legislação criminal primitiva de Roma, devendo o accusador comparecer em juizo com a sua prova preparada, ficava sem razão de ser o procurar-se obter a confissão. Todavia, se fosse necessario, poder-se-hia citar alguns exemplos, demonstrando que, no caso em que ella se dava, convencia (4). Sob os imperadores, fez-se mais frequente uso da tortura, sendo introduzidos no processo certos elementos da inquisição ; a confissão teve então maior im-

(4) Sallust. in *Catilina* Cap. 33 — Niccolini, *Procédure Pénale* 2\* part., vol. 1, 228.  
il. 8.

poitancia (S), e os jurisconsultes roman os reconhecerfio a necessidade de um exame menos superficial dos seus tituloe â confiança (6) {luas vai muito d'ahi a uma theo\* ria légal, e a um systemia regular '. Entao a confis- sSo era ainda geralmente considerada como prova suffl- ciente (7)-(S). Pj

Mais tarde as leis canonicas der&o-lhe lugar mais im- portante. Tomando a conversao do culpado por principal mobil, e considerando a confissSo. como um signal de ar- rependimento e de submiss&o é pena merecida, devîão tratar de a provocar sempre ; o que, além disso, era conséquência das maximas • inquisitoriaes concernentes & neeeflsidade da manifestação da verdade, matériel', ' maximas que se ach&o

(5) L. 8, Cod. *ad Leg. Julia, de vi publica et privata*.—L. 16, Cod. de *Poenis* (S).

(5) A primeira dostas leis referè-se à confissão, como meio sufficiente de proya, mesmo nos crimes capitaes, jnaa sòmepç-, em relação aos es\* cravoS. A segunda porem estatue o mesmo précefto em relação aos homena livres,

(6) A prova esta nas expressoes de que se servem.—L. 8 Dig.—*de Confettis*.—L. 1 g 84 Dig. *de S. C Sillan.*,—Loi 1. g 4, 17 Dig. *de Qucett*.—Lei 23, g II Dig. *ad Leg. Aquil.* (S)..

(S) A primeira das leis citadas contém um preceito de P%ulo sobre a confissão em materia civil, quando é incerta a existencia do cousa confessada. A segunda refere-se as torturas qUe devião ser applicadas aos escravos que nSo defendessem seus senhores, de cujo assassin ato liouvesse certeza. A terceira, no § 1 contém um rescripto de Adrianol determinando que não se devia dar fê as declarações de um gô es-cravo, mas sitn deoidir-se conforme as ' provds; e no g 17 contém um rescripto de Severo determinando que não se devia considerar a confissão do accusado, como uma prova do crime, salvo se outra prova viesse instruir a religião do juiz. Em relação à quarta, vide o que dissemos na nota (S) a nota 15 do autor, Cap. 2.

(7) L- Ult. Ood. *de Probat* (S).

(S) *Confessos injurepro judicatis Kaberi placet*.—Ln un Cod. de *Cen feu*.

na essência do processo canônico. O excesso do System a levava diretamente à aplicação immoderada da tortura. ; e com efeito, durante a média iêCade esta\*foi posta em prática constantemente, e ao lado \* délia, a doutrina da confissão dominou sem contestação (8).

A Carolina considera a confissão como meio de prova *excelente* (9), e segundo as suas disposições o juiz a deve provocar, empregando todos os seus esforços ; todavia já não a considera como prova *única*, podendo o acusador; na falta délia, ser vencido por todas as outras. Além disso, a mesma lei exige em todos os casos as maiores precauções da parte do juiz (10), e, no caso de haver confissão, o escrupuloso exame da sua sinceridade (11).

A prova tentou pôr estes princípios derivados de tantas origens em relação com o da manifestação da verdade material ; e a doutrina, fundada na jurisprudência e dos tribunais de justiça, fez também louváveis esforços para salvar a inocência dos perigos, aos quais podia expor-la um juiz demasiadamente fácil em admitir a confissão como prova completa. Mas, querendo determinar as condições,' sob as quais deve ser reconhecida a sua sinceridade, revela algumas vezes escrúpulos excessivos.

(8) Carmignani, IV. p. 137.

(9) Art. 22, 62, 69. C. C. O.

(10) Assim **prohibe ao juiz proceder por meio do augeção (art 66) • mas examinando esta disposição e todas as outras analogas, convém não esquecer -que se trata de uma que autoriza a tortura.**

(11) Por exemplo, o juiz indaga se alguém, além do culpado, podia ter conhecimento das circunstâncias ocorridas na confissão (art. 54).

Quanto as legislações modernas, deve ser-lhes também aplicado o que dissemos\* % respeito das diferenças do processo de acusação, do inquisitorial. Também dão à confissão maior ou, menor importância segundo se aproximam de uma, ou de outra das duas formas. Demais, como já observamos, nenhuma adoptou a forma da accusação pura ; sendo fácil achar alguns dos elementos da inquisição nesta farragem frequente dos princípios em todas, mesmo naquellas que parecem basear-se inteiramente em bases contrárias. Entre as legislações mais geralmente fieis ao systema accusatorio, convem citar as da Inglaterra e da America do Norte, que fazem pesar sobre o accusador o onus da prova da accusação. Também consideram a confissão como um phenomeno raro, e contra a natureza, e não permitem que ella seja o objecto do processo. Além disso, afim de dar maior segurança a liberdade individual, a constituição americana estabelece o principio : que ninguém é obrigado a depôr contra si proprio (12). Não se vê funcionar entre os Ingleses e Americanos o inquisidor-, cujos esforços tem frequentemente por fim a confissão (18); e a instrucção preliminar é rapidamente concluida : esta consiste simplesmente na producção por parte do accusador das provas da accusação, e na communicação destas ao accusado, para que este possa apresentar a sua defesa. Esta é a theoria da lei ; mas na pratica o juiz de paz

(12) Bavard, *Exposition of the Constitution of the United-States*, Philadelphia, 1837, p. 36. p. 138; Story. *Commentaries on the Constitution of the United-States*, Boston, vol, 3, p. 660.

(13) O *Código da Prova* de Livingston, p. 12, dispõe formalmente que os jurados não devem ficar ligados pela confissão *nua* do accusado, o que devem principalmente examinar, se se lhe pôde prestar fé.



inglês tenta frequentemente provocar a confissão (14). Na ocasião dos debates públicos, depois de ter sido recebida a acusação, é impossível qualquer tentativa desta natureza; só se trata de reproduzir isoladamente cada uma das provas, e de analisá-las de certo modo sob as vistas dos jurados. Se a confissão se faz, estes examinam a sua força probatória, e decidem conforme a sua convicção. Além disso, no ponto de vista do direito inglês, para que a confissão possa valer como prova, é mister que seja feita na audiência, e imediatamente consignada nos autos (15); e como o povo, familiarizado como está com os princípios do processo acusatório, a considera como uma espécie de violência feita à natureza, é natural que o presidente, do tribunal, antes de ordenar a sua inserção nos autos, tenha o cuidado de lembrar ao acusado as graves consequências da sua declaração, e de preveni-lo contra uma confissão precipitada, da qual mais tarde talvez se arrependa (16). Na Inglaterra, finalmente, a confissão tem maior ou menor influência no julgamento, conforme a resposta do acusado à pergunta, que lhe é feita na abertura da audiência, se ele é culpado ou não (*guilty or no guilty*), isto é, conforme ele se declara autor do crime, ou defende-se de o ter cometido. Se se declara culpado (17), o processo é logo encerrado, e não há mais necessidade

14) Philips, *on Evidence*, 1 p. 116.—Russell, *on Crimes*, p. 615.

(15) Stanndford. *Pleas of the Crown*, London, 1853, cap. 31.—Haie, *Pleas of the Crown* (idem), p. 225.

(16) Bentham, *Tratado da Prova*. 11, p. 315.—Vide o *Proe. Crim. camp.*, t. 2, cap. 135.

(17) Cottu, *da Administração da justiça*, p. 76.

de um *wrediclw* do jury.; pela sua confissão o acusado submete-se previamente à pena, e o juiz nada mais tem a fazer do que pronunciar s%urido a lei. Este caso re-produz-se fr quente inente ; ou porque o acusado espéra por esse meio obter menor .severidade na condemn ao, ou por uma especie de convenio entre elle e o accusador, pelo quai aquelle confessa um crime menor, e este retira a sua queixa primitiva, na quai articulavaraaiaior delicto (18). Na França nada se détermina a respeito da confissão. O processo nao tem "as formas puras da accusação, sendo a *informação preliminar* quasi inteiramente semelhante   *inquisição g rai* da Allemanha (19) ; e por conseg jnte o magistrado nunca deixa de, no interrogatorio, perguntar ao acusado se confessa. Emprega mesmo todos os seus esforços para provocar. a confissão ; mas ia felizmente a lei, deixando-lhe uma liberdade de acção quasi illimitada, abrio a porta a mais de um abuso ; e quando se consulta  alguns autos de informação, nota-se frequentemente não se ter feito uso conveniente dos legítimos meios de investigação da verdade (20). No tribunal, pelo contrario, a confissão não   absolutamente o objecto das preocupações do pr sidente ; o interrogatorio, ao quai o acusado   submettido, s 5 versa, nos termos da lei, sobre o seu nome, idade, profissão, etc., etc., (21) ; e depois de cada depoimento,

(18) A este respeito  ck o-se particularidades curios s em Wakefield, *Observações sobre a applicação da pena de morte*, Londres, 1631.

(19) Vide o *Proc. Crim. comp.*, t. 2, cap. 138.

, (20) Limitar-nos-hemos a lembrar o /procedimento abusivo das autoridades no processo instaurado contra Fonk e Hamraacher. -(21) C. inst., crim., art. 810.

pergunta-se-lhe simplesmente *o que tem a responder ao qui acaba de ser dito contra elle* (22). Se confessa, o jury ainda tem o direito de examinâ-lo, e só decidir seguindo a sua convicção : vê-se-o frequentemente absolver o accusado, mesmo no caso de confissão ; nisto é obrigado em todo o caso a dar contas do seu *verdictum* ; e, convém dizer também, a razão de assim proceder é que a pena lhe parece severa de mais.

A confissão representa differente papel nas legislações especiaes da Allemanha, que tem inteiramente por base o principio inquisitorial, e onde a prova. é sempre legalmente organizada. E' indispensavel conhecer as prescrições legais sobre- a materia, quer as que se referem aos meios de provocar a confissão de que o inquisidor pôde usar no interrogatorio, quer as que se referem as condições substantiaes «La confissão em si mesma, as quaes somente podem dar-lhe fé em juizo.

A lei austriaca reconhece-a como prova judicial (23) ; mas refere-se à confissão cercada de todas as condições requeridas, as quaes não são por ella mencionadas de modo completo, e limitativo ; porque julgou ser bastante traçar alguns principios gerais (24). Da mesma sorte evita estabelecer regras por demais absolutas, quando trata da sua força probatoria (25) ; e também expõe em termos ge-

(22) art. 819.

(23) Cod. Pen. austr., art. 398.

(24) Assim o art. 390, letra D., declara que *a confissão não pôde eon\ eistir em um simplot—Si m—pronunciado em resposta a alguma pergunta, mas que é necessaria a Narração dos factos pelo proprio accusado. E' proscriver implicitamente as suggestões.*

(25) Vide o art. 400 sobre a concordancia entre a confissão e as outras circumstancias ; e o art. 40.2 sobre a retractação.

nericos os diversos poutos que o juiz» nd momento de decidir, deve ter em consideraçflo, poisque nfto quiz limitar a liberdade do seu exame. *m*

A Orden. Crim. dà Prussia décide igualmente que a confissao, (26) faz fé, estando cercada de certas condiçOes ; pprépi, no mais, limita-se a expôr uma multid&o de pria' cipios, que sa pertencem à pura theoria, e que, para ser bem applicados, exigirião desenvolvimentos scientificos, dos quaes as prescrições legaes não tem necessidade para ser coinprehendidas (27).

O codigo bavaro quiz, como é s.abido, promulgar uma theoria da prova mellior definida, e mais compléta em relação ao assumpto de que nos occupamos : as condiçOes exigidas nelle sao amplamente determinadas (28), Mas ainda ahi grande número de prescrfpções legaes sao concebidas sob uma forma inuito generica e de pura dou-trina, das quaes o juiz nao pôde tirar proveito (29) ; pelo contrario, outras, promulgadas em sentido moite acanhado, podem leva-lo ao erro, e impedir que elle possa admitir a confissao como prova, nfto obstante a evidencia, *aé* por lhe faltar algumas das condiçOes declaradas subsp tanciaes (30). Querendo prévenir todos os casos, e corn-

(26) Orden. crim. da Prussia,\* § 370.

(27) Como a disposição relativa à confiasao *qualiflcada*, g 373.

(28) Assim o art. 267, n. 6 diz : *que a cOtifissão délié concordar com\* sigo em todos as suas partes, ou não cottter contradieção esseticial.*

(30) Assim, este mesmo artigo diz : *a coflfissSo rtito detfe ser feita em resposta a perguntas capeiosas.*—Mas ha casos em que uma ou duas perguntas deste genero não podem produzir grande mal. (Todavia não aconselhamos o seu uso).

prender sob uma formula gérai «todos os elementos de solução possíveis em relação as distincções especiaes que o juiz deve fazer em cada especie, o legislador cabe quasi sempre no vicio inherente à lei bavara ; a regra por elle estabelecida nada mais diz, ou o que diz se póde desviar o magistrado do verdadeiro caminho (31).

Projectos recentes, e, entre elles, e da lei wurtembergueza (32), procurarão com razão as vantagens da simplicidade e da precisão ; e deixarão à pura doutrina muitas regras, que o código bavaro incluiu nas suas disposições (33). E quando tração alguns principios geraes, o fazem com mais discernimento, conformando-se mais com as sans theorias sobre a "materia (34).

## I CAPITULO XXXIII.

REQUISITOS, QUANTO AO FUNDO, EM MATÉRIA DE CONFISSÃO.

Segundo as regras expostas anteriormente (Cap. 31) a confissão só póde convencer quando, feita a comparação do seu conteúdo com os factos provados nos autos.

(31) Bar exemplo, no caso do art. 272, sobre a confissão qualificada, a lei não falla da *exceção* da falta do dolo, ou de legítima defesa : como se, affirmar a ausência de dolo, ou a legítima defesa, podesse nunca constituir uma *exceção*; coisa desconhecida no processo criminal.

(32) Projecto revisto da *Orden. do Proc. criminal* de 1830. Este projecto como é sabido, foi convertido em lei depois da publicação deste livro. Vide a nota manuscripta do autor do cap. 37.

(33) Donde se segue que este projecto (art. 35) mostra-se mais exigente do que as outras leis allemãs em materia de confissão

(34) Vide o art. 249 sobre a «confissão qualificada».

il.

nao pôde haver diivida de ter o accusado consciencia da verdade, e de quérer declara-la. Para que a confissBo^ pois, faça prova, é mister que reûna diversas as essenciaes.

1º A primeira é a *verosirriUhança* / para reconhece-la n&o basta verificar ds factos da confissão com o auxilio das leis da natureza (1), é mister Compara-los tambem com os outros dados forhecidos pela inforraaç&o sobre a pessoa do accusado, sobre o modo porque o erime foi couimettido: é'por is?o que jamais poderiamos admittir, como verosimil, a confissão, pela quai um accusado dé clarasse ter morto, sô com as suas maos, um homem evidentemente muito mais robusto do que elle. ¶

2º A seguuda condiç&o é a *credibilidade*. Aqui deve-se considerar a confissão sob diversos aspectos.

a). Considerando-se, como uma testemunba, o accusado que confessa, indaga-se primeiro, se, como tal, elle pôde ob-servar os factos de modo que as suas observaçoes ins-pirem confiança. Donde se segue que a confissão, para fazer fé, deve versar sobre factos conhecidos pelo acciSn sa&o pessoalmente, e pela evidencia dos sentidos ; si *Qe* referisse a factos -de inducç&o, n&o convenceria da mesma sorte (2), porque poderia ' facilmente ter-se enganado. Es-colhamos um exemplo : déclara ter preeipitado o seu ad-versario da margem no leito de um rio, e ter depois fugido ; e accrescenta que este dévia ter morrido, poisque o vio

(1) Esta esame tem tambem uma grande importancia no. **caso** de incendio» por exemplo, quando o accusado déclara ter posto o fogo por um meio que é démons trado imposai vel **por** todas as experiencias e ensaios praticadoSj ou cujo resultado não poderia **ter** sido o que se ssguio.

<2) Klenschrol nos *Arch. ant. do D. C.* IV, n. 4, p. 407.—Stubel-do *Corpo de Aelicto* g 279.—Tittman, III, p. 477.

submergir-se : mas ali nada prova que a victima tivesa effectivamente perecido. Pela mesma razao, quando o accusado declara um facto, cuja verificacao pertence exclusivamente à sciencia (3), a sua confissao nao basta\* affirmar, por exemplo, ter propinado arsenico a um terceiro *quid inde* ? Concebe-se que elle possa affirmar ter comprado um pô branco ; mas a sua confissao nao prova que fosse arsenico. E quando mesmo elle tenha conhecido especiaes, e que o facto pareça verosimil, o inquisidor deverà chamar os peritos, para desfazer todas as duvidas.

b). O *estado physico e mental* do accusado é ainda um meio util de verificacao, quanto à credibilidade da confissao. E' mister que no momento do crime este estado lhe tenha permittido ver bem, e que no acto da confissao lhe permita uma exposicao exacta, fiel e digna de fê em todos os pontos (4). Sendo o accusado, na época do crime, criança ou menor, imbecil ou embriagado, nao deve ser crido sobre as suas palavras (5) ; o mesmo se deve dizer, se no dia da confissao a imbecilidade ou a embriaguez privao-no totalmente da consciencia.

c) Finalmente, para que a confissao contenha o cunho da veracidade, é mister que pareça produzida somente pelo impulso da voz da consciencia e do instincto da verdade ; é mister que nao haja razao de receiar ter fallado o accusado somente por effeito do delirio, ou de um desarranjo de espirito, ou ter mentido em vista de alguma

(S) Martim, *Trot, do Proa. civ.*, g 71» p. 301. Vido em sentido contrario, **Stubel, Proc. crim.**, § 737.

(4) Cod. Crim. **austr.**, g 399, n. 6—**Stubel**, l. e., S 7\*4.

(5) Tittmann, *Manual*, III, p. 478.

vantagem proxima. Este confessa (6) itejj eommettido- ui» delicto em dia e hora determinados, com o fim militas vezea do transviar a justiça e prévenir suspeitas a ces\* peito de outro crime inaior, GUJQ é eller?<o verdadeiro autor (&) ; aquelle, confessando ser culpado, tem o designio de facilitar a fuga do verdadeiro cnminoso, 3q perando fazer restabelecer mais tarde ai sa a innocencia ; outro. finalmente, querendo fiazer mai a terceiro, por odio ou por vingança, denuncia-o como çumplice de um crime que confessa, sem te-lo eommettido (8). Deverâ ser sempre feito com a mais escrupulosa attenção o exame da -causa da confissão, quer seja .doença do espirito (9), quer esperança de quai quer pr-oveitoyott a eonsciencia atormentada pelo remorso. O juiz indagarat 1º se a confissão foi espontanea; se «réo compareceu em juizo antes ou depoia de já<sup>1</sup> haver qualquer processo contra elle, e se confessou durante o interrogatorio ; 2º se a sua *expressão* indica uma eonsciencia afcormentada, e« que quer.por todo. o preço ver»-se livre da ferdo que a opprime ;a 3P- se ha na\*. causa factos que pareçifca ligar-se: a\* algum dos-i mj&tivos: de in téresse oui de outra natureaa, a que ha pouco- aliudi-

(G) ttüilka, *Da Cbrpù de delicto*. gi 120,i

(?) Titias, no dia 26 de Junho\* as 8 horas, commetteu com mão armada um roubo com homicidio na cidade de A: e elle déclara que no mesmo dia e à mesma hora oommetteti' ntn fãito\* simples na cidade B (distante do A. très léguas).

(8) Titius déclara tor, envenenado sua esposa, ha pouco morta» e. sustenta ter recebido das mãos de Sempronius o veneno para- esse fim.

<9) Vide, por exemplo, a especie citada por Hermann, *IntroducçBa* (t *Arte de redigir as defenas escriptat*.

(lu) Exemplo : se o réo manifestou profundo arrependimento.



mos (11); *ir* se o aspecto do acusado da lujrar s opi-nifto de  
 âoffrer elle de alguma molestia mental; 5° si sel p<5de acreditar  
 ser elle capaz de tal crime (12); 6\*<sup>a</sup> fi-nalmente, se as  
 circunstancias constantes da confissau est&o em perfeito acôrdo  
 com os dados fornecidos pelas outras provas.

3° Sfto tfto graves as consequencias da confiasao, que coúvém  
 que esta seja feita com extrema *precieno*. Sômente a pteeisao pôde  
 dar os meios de verificar o seu eonteúdo com o auxilio das outras  
 provas ; e, além disso, ella de-moDstra que obra e falla  
 seriamente o acusado que sabe a que perigos se expoe. Nflo  
 bastaria vir dizer «ftmplesmente : *CommeUi tal crime, assammi*  
*tal individno* ; puisque ao lado do facto principal devem ser cl  
 afameute de-clarados os factos acceesorios (13). O mesmo deve-  
 se de-cidir a respeito de qualquer confiss&o emb;irada do  
 acusado, por exemplo, a respeito da que consistisse em dizer :  
*Creio ler feito vdo ; aquillo pâde HT ; ou nâo netjo desde que a jus-*  
*tifa sabe*. Em uraa palavra, nfto pôde fozer pleua fê a confissao,  
 desde que, -para achar o exacto seutido das le j>os-| tas do  
 acusado,. o juiz é obrigado a recorrer *h* inter-pretação artificial,  
 grammatical ou logica.

4" Outra condição essencial è a *yersislencia* e a *vmiformi-*  
*midude* das coufissOes. Sendo estas uniformes em todos os

(11) Se vivoti em inimizadc figadal com a **peseoa**, que déclara U-lo  
 fixeltado ap Crime.

(12) 8e. por nxcmplo, a sua unlcrior rond ne ta **dénota** tendencia **para 0**  
 crime de que se trata.

(13) L. 8, D. *Confess. (S)*. G. C. G., art. 48, 68.—Kleinsckrod, **g** 12. ao  
 artigo ociinu citadu. **not.** 2.—IUift, *Da Prova*, **g** 182.

(S) **Vide** Savigny. *Traité du Droit Romain*, tr. **par** Guenons. **Tom.** 1. g\$  
**306, 307.**

t

interrogatórios, prova com isso que o réu, nas *m* diversas situações do espírito, obedeceu sempre à voz da sua consciência e à da verdade. Com efeito, se rem contradições • entre si as declarações feitas nos interrogatórios, será difícil acreditar na sinceridade da confissão (14).. Todas as "variações graves são um indicio positivo de mentira: sem dúvida o acusado, depois de ter inventado a sua primeira confissão, esqueceu-se de certas circunstâncias ; se fosse verdadeiro, «jamais iria dizer as suas narrações, poisque emanar-lhe-ia de factos certificados pela evidencia material. Todavia uma ou outra contradicção milita muitas vezes se explica (15) ; poisque pode versar somente sobre circunstâncias accessorias, e conhece-se facilmente que o acusado só pouco a pouco tenha podido lembrar-se delas, pensando nisso muitas vezes ; pode versar, por exemplo, sobre os termos de que outra pessoa se serviu no momento do crime, sobre o número 'dos ferimentos, etc., etc. Outras vezes o acusado pôde hesitar, por um natural sentimento de pejo, em declarar certos factos aggravantes; ou pôde retrair-se das suas confissões, por temer a aggravação da pena. Em todos estes casos as contradicções se explicam de modo tão simples, que é impossível não considerar como verdadeiros certos factos que se reproduzem uniformemente em todas as confissões feitas por occasião dos interrogatórios. Mas se a diferença das versões referidas pelo acusado parecer que não é o resultado de um simples erro ou da falta de me-

(14) Cod. bâv., art. 267.

(15) A **Orden. erim.** da Prussia, diz no art.º 377: *Se um accusado. 'em diversas vezes, fizer muitas confissões diferentes em um ou outro ponto, será admittida como mais veridica aquella que fôr mais corroborada pelos factos aliunde -providos.*

%

|

moria ; por exemplo, se na primeira Vez" disse que matou o seu adversário com uma punhalada, é na segunda, que o espancou com um pão, certamente as suas confissões merecerão pouca confiança. Há principalmente um caso em que as contradicções se tornam totalmente inadmissíveis : é quando, não podendo o corpo de delito ser ineficazmente verificado, o facto não pôde ser provado senão pela confissão do réu. Todavia convém examinar no seu complexo e como um todo as declarações consignadas nos diversos interrogatórios ; porquanto, pouco importa que o réu deixe de relatar na segunda Vez certas circunstâncias preliminarmente confessadas (16), desde que não se retractar da confissão, na qual tivesse declarado as mesmas circunstâncias (17) ; no caso contrário\* porém, o juiz não pôde ir buscar arbitrariamente, nas diversas declarações anteriores, esta ou aquella circunstância, à qual o declarante ligava um sentido preciso, e que a ninguém é lícito interpretar isoladamente, e de modo diverso do acusado.

6º Finalmente, um último carácter muitas vezes vem dar à confissão aparência séria de credibilidade : é o acordo mais ou menos perfeito do seu conteúdo com as outras provas constantes do processo (18) ; é mais a circunstância de ser o culpado ter podido conhecer os factos. É certo

(16) Exemplo: o número -dos ferimentos.

(17) Uma mulher, accusada de infanticídio, declara ter premeditado-inente afogado o seu filho, tendo este gritado: mais tarde ella retrac-ta-se de sua confissão, e sustenta que deu à luz no seu leito sem ter consciencia do seu estado, e que, voltando a si, achou o filho morto a seu lado. Neste caso, o juiz não poderia conservar a circunstancia dos gritos por se achar retractada.

(18) L. 23, § 11, D. *re de Leg. Aquil (S)*, Art. 23, G. G. G.

(S) Vide Nota S à nota 15 do cap. 2.

tiile o accttsado parece enta© ter uma linguagem altaniente] pincera (1-9) ; a concordancia entre a confissão e os 1prin-  
ciipaes factos, \*%Uw\de demonstrados, iem. como resultado garantir até à certeza ter elle assistido a todos os incidentes do crime ; e esta conclusao nos é iniposta pela força das cousas, par exempta, quando a eonfisaao détermina exactamente. o número dos ferimentos, quando précisa a sua direeção, e quando a inspecção do cadaver confirma o seu !po;ateudo sobre este ponto< Mas nao sería acertado exigir necessariamente om todos os casos a jdemonstração, pelas outras provas, de todos os factos referidos na con-fissaoj porque entao esta tornar-ee-hia superflu»; e» além disso, exigir essa demonstração é militas vezes querer o impossivel (20) Quantas vezes n&o acontece,- gue sa 6 culpado

"(1J) L. 1, g 17 D. do Quæst.: *èbrifessiones reoruih; pro eoéptàraHs fdoinwibus iMbdri oportere, -H' nulla pi'obatio tcUgSonem cognoscentis instrwit* (S). Sobre o senfcido dasto textel, vide Matkcei, de Griot., Uv-48, t. 16, cap. 1, n. I, A.—Stübol, *J>o Gorp de Delicio.*, § 216.—Vide Bon nier, *kratado ads Provàst* p, ' 370.

(S) Os çounnontadores o criminalistas aittigos, guppofado havor an t'inpiuin entai este toxtó o os 'du L. 1 Dig. de Confessus., da L. 56 Dig-de Be Judic, o da, Loi 1, Codi de Oonfossis, entregarRo-se ao rngffito traimlho de os par do acôrdo, mas applican do-os todós as, malarias crimlnaes. Hoje esta reconhecido que o preceito do imperador Sovéro coatido ma 1\* lei foi o que dominou no diraito KQinano om materla criminal., segundo o quai a confissão dévia réunir portas condições logaos para autorisai- a cofldemnaQão. "Os outres textes, (que [däärft 'confissão pura a força de cousa julgada, não tinliao applicação senão é materia civil.

Portante, não ô exacte suppor-se ter o direlto romano repellido ab-solutamonto a confissão da classe dos meiras de poova, coino pensa Filangieri, fundando-se ont Quintiliano. Doclam., n. 814, que no lugar feitado, referia-so a©'. -cnso inuito espocial 4a confissão de um doudo, dela quai se pretendia condemna-do. Faustin' Hélie, *Traité tVInstrtte-jori Icriminelle*, vol. 5, g 377.

(#0) Nos termos do ai'.t.. 400 do Ood. austr. basta a démonstnação de algumaa circuiitis.taucias, que Venhão corroborai- a confissão ; è mister tambem" que nada se encontre que passa faïar duvidar da sinecidade do seu conteúdo. A Ord. crim. pruss., g 70, diz, que a *confissão não det>e ser contrariada pelai circumstancias protadas ma causa*. O Ood. bavaro, art. 267, n. 7, diz: *a confissão deve concordat na sua es\* aencia corn as circumstancias aKwide demonstradas*.

e a victima sao os unicos que podem conhecer certa expressao, certa circumstancia exterior ; e quamtas vezes aquella já nao « pôde ser ouvida, como no caso de homicidio t O juiz deve ficar satisfeito, desde que certas provas circumstanciaes tenderem a demonstrar a veracidade do réo ; e desde que este, em relação aos outros factos importantes, nao cahir em contradicç&o alguma de natureza a di-minuir a confiança (21). Em resumo, quando o magis-trado vérifie a a exactidao da confissao com o auxilio das outras provas, pôde rejeita-la em dous casos\* especiaes \* 1° quando o crime ou o seu facto principal nao pôde ser verdadeiro (22) ; 2° quando as circumstancias principaes do crime, taes como o réo as "confessa, sao desmentidas pelas outras provas, de sorte que naja iucompatibilidade total entre as circumstancias j à verificadas e as da confissao (23), dando-se o devido desconto aos erros involuntarios do accusado. Em compensação, a divergencia entre o re-sultado das provas e os factos confessados nao obsta a que se tenha fé na confissao\*.

a). Se ella sô versa sobre pontos accessorios e sem influencia quanto à decis&o da parte principal (24).

(21) Martin, *Tratado*, § 78, not. 10.—Quistorp, *Principios*, g 685<sup>^</sup>-Tittinann,, *Manual* III, p. 585.

(22) Exemplo: as testemnnhas deelarSo que failarão com a prelen. dlda victima muitos dias depois (laquelle em que o accusado diz ter effectuado .o assassinato.

(23) Exemplo : Titius confessa ter dado um tiro em Sempronius; e os peritos sustentão que Sempronius morreu de uma facada,

(24) Exemplo : no caao de se tratar de factos "posteriores ao aoto principal, e que acontecerão depois do agente ' ter fugido.

H.

5.

h). Se versa sobre factos, nos quaes podia o accusado ter errado (25) ou ter-se esquecido (26).

c). Se ella se explica pelo facto de ter o accusado, occultando a-verdade, querido sômente desviar certa aggravação da pena (27).

d). Se, finalmente, ella não tem relação senão com declarações feitas pelo accusado a respeito dos seus cum-plices, e não a seu respeito (28),

#### CAPITULO XXXIV.

##### DAS CONDIÇÕES DA CONFISSÃO QUANTO À FORMA.

A confissão, para promover a necessaria convicção, deve, pela sua propria forma, dar testemunho das intenções sérias do accusado confitente (1), sciente das suas consequencias tao graves.

(23) Exemplo : sobre a indicação precisa do tempo.

(26) Exemplo : sobre a côr do fato que trazia a victima.

(27) Exemplo : em relação ao número dos ferimentos, qualquer que seja o crime, acontece frêquente niente não confessai- o accusado certas-circumstancias por algum resto de pejo: vide um notavel exemplo em Feuerbach, *Causas crimes*, t. 1, p. 80.

(28) Exemplo: o réo declara que foi impellido ao crime por outra pessoa que o instigou.

(1) Sob este ponto de vista, ha um caso.cuja appreciação pôde ser difficil : é o da confissão espontanea e livremente feita pelo accusado, antes de qualquer processo ; todavia pôde bem explicar-se pelo effeito da voz da consciencia. L. 1 g 27, Dig. *Quæst* (S), Stubei, *Do Corpo de Delicto*, g 218.

(S) Ulpiano aqui firma a regra de não se dever prestar aempre fé à confissão espontanea, e cita o caso de um escravo que, para fugir ao mão tratamento de seu senhor, foi denunciar-se como autor de um crime. Depois de condemnado, reconheceu-se que elle era innocente, e o Imperador concedeu-lhe graça, e ordVnoit ao juiz que ex-officio o mandasse vender com a condição expressa de que jamais vollaria para o poder de seu senbor, a quem mandou que se entregasse o preço da venda. Eis um exemplo de desapropriação forçada, que poderia ser apfoveitado nas reformas que deve soffrer a nossa legislação sobre escravos.



Deste principiu resulta:

1.\*- Que a confissão, para fazer prova, deve ser feita em juízo (à). Sendo feita extrajudicialmente, é nulla (3) ; não se podendo inuitas vezes considera-la, sendo assim feita, seu&o como uui acto de léviandade, a que o seu autor não liga importance alguma ; **ora** a confissão procede da jactancia do confitente (4), ora do facto de querer este zombar de terceira pessoa ou talvez do desejo de livrar-se de alguma circumstancia oritica (5). A Carolina considerou a confissão extrajudicial como um indicio (6), cuja apreciação é também submettida as seguintes regras : (a). A primeira dimanada da pessoa perante quem é feita. Sendo a confissão, ainda que falsa, capaz de destruir a afecção e estima daquelle, perante quem foi feita, e de quem dependia o confitente, não é de suppor que este teuka faltado à verdade (7). (b). Convem examina<sup>1</sup> depois

(i) C. -1, X d«*Judic.* (S)—Quistorp, *Principios*, § 682.—Tittman, III. p 481 (S). No lugar citado determina o direito canonico que, para autorisat- a condonação, a confissão deve ser feita perante o bispo competente. e não perante o juiz secular ; daqui proceda a regra da que a confissão. para servir de prova, deve ser feita em juízo, e em juízo competente, regra aceita pelo nosso Cod. do Proe. art. 94, segundo o qual a confissão extrajudicial não pôde ter os mesmos effeitos.

(3) Clarus, *Quæst.*, 21, n. 31.—Glossa i g. *Thworia dan ProbatiUd.ad.cs*, II. p. 121.—Stubel, *Prit\*. Crim.*, g 832 a 836.

(-1) Por exemplo, em materia de relações amorosas.

(5) Titius, a^ndo ameaçado por uma mulher de serporella denunciado | como seu seductor, se não lhe dá 100 florins, paga para evitar esta accusação.

(6) Art. 32. O.O. 0.

(7) O superior fez vir à sua presença o seu subordinado e lhe fez perguntas a respeito do crime, do qual se desconfla ser este autor: o subordinado confessa..

se a confissão contém todas as circunstâncias acessórias, já provadas *aliunde*, ou se é «feita englobadamente em termos gerais, sem enunciação das circunstâncias (8), (c). Deve-se também ter em consideração o motivo ou a pessoa que provocou a confissão: pode-se daí inferir muitas vezes, que o culpado ' quiz dizer a verdade (9) depois de ter pesado as consequências das suas palavras e os graves motivos que o impeliem a fallar (10) ; e outras vezes também-se pôde concluir que não foi séria-) mente (11) que elle referio este ou aquelle facto. (d).j Finalmente, a sua attitude concorre especialmente para se conhecer, se disse a verdade (12), ou se quiz zombar-daquelle que lhe presta ouvidos.

A confissão extrajudicial pôde ser escripta ; mas fará plena fé neste caso (13) ? Não certamente ; pôde haver, quando muito, maior presumpção de ter o culpado considerado maduramente as consequências das suas reve-

(8) Quanto mais genéricos forem os termos em que a confissão é concebida, tanto menor crédito merecerá.

(9) Por exemplo, quando o magistrado chega logo depois do crime, e o interroga.

(10) 'Titius fere gravemente o seu amigo ; e depois» encontrando-o moribundo no seu leito, pede-lhe perdão, confessando-se culpado.

(11) Titius, tendo tido promessa da parte de um terceiro de lhe dar 30 florins para espancar Sempronius, vem procura-lo, e na esperança de receber as 90 florins, diz-lhe que executou as suas ordens.

(12) ^To acto da confissão, o culpado derrama lagrimas e manifesta profundo arrependimento.

(13) Titius, escrevendo a um amigo, dá-se por gracejo ou jactancia por perpetrador de um crime, cujas circunstâncias lhe relata.



lações ; pois que é possível que elle procêda sem o *animus confitendi*, e sob/ o irapulso de motivos bem diffêrentes (14).

2." A confissfio *judicial*, para fazer prova, deve ser feita perante o juiz do processo, devidamente nomeado e compéente na causa. Com effeito, é principio corrente, que os termos dos autos nfto fazem plena prova senfto quando sfto lavrados em forma, e sob as vistas do juiz criminal : e, além disso, é esse o unico meio de obter cêrteza de que as perguntas forao feitas como devião ser, e que o accusado obrou com pleno conhecimento de causa. Se a confissão do crime (15) tem lugar no curso de um processo civil (16), nao se deve esquecer que em materia civil o principio da desistencia facultativa domina até a apreciação da confissão ; e que o réo, pouco receioso das suas consequencias, pdde confessar um facto falso (17), visando um interesse, mais importante a seus olhos.

Se a confissão foi feita perante officiaes de policia (18), o mag-istrado nao deve esquecer que estes, ordina-riamente, se procedem a interrogatorios summarissimos ; que nao deixao de recorrer frequentemente as stiggestOès,

(14) Vide, sobre a confissão extrajudicial, Bontham, *Tratado das provas judiciaes*, vol. 1, cap. 8.—Rolin. *de Probation.*, p. 88.—Hohnhorst, *An-nuario do tribunal supremo de Baden*, 1, p. 92.

(15) Tal séria a confissão de um adultêra na acção de divorcio.

(16) Klèinschrod, 1. c. no cap. 33, not. deste livro.—J. Clams, *setenl. quæst.* 54, n. 5.

(17) Tôm-se visto maridos confessarem o adulterio, por tlesejarem o divorcio.

(18) Vide Jenull, *Direito criminal austriaco*, IV, p. 18.

as perguntas feitas; **et que** deve **desconfiar** ^emprã dos meios de prova caco empregados.

3.\* A confissão deve ser *circunstancial*; e deve-se lavrar em, forma o processo verbal respectivo, no momento em que é feito : sao essenciaes estas duas. condicoes. Se a declaração com as .suas circunstancias fosse junta aos autos mais tarde, poder-se-ba facilmente duvidar da fidelidade da memoria do juiz e da exactidao da sua exposicao (19).

A/confissão tacita (20), aquella que se deduz por via de consequencia de certos actos ou de certas expressoes do accusado, n&o pode fazer prova plena. Valera somente como nui indício, sujeito à applicação de todas as regras usadas a\* respeito da prova artificial.

O silencio obstinado do indiciado nao deve fazel-o considérai- como autor do crime; o principio da desistencia pode fazer admit-tir este systema no civil, mas no crime assim i n&o acontece. Por consequencia, ainda mesmo que o juiz, para vencer a sua obstinação, lbe assignasse nui prazo para responder, sob peua de ser cousiderada verdadeira a aceusação, nunca poderia abi baver confissão tacita (21); por que o accusado podia calar-se por obstinação, para cumprir uma promittsa loi ta a um terceiro, por outre qualquer motivo emfim. Da mesma sorte a transacção sobre o crime (22) n&o é uma

(19) A imaginação do juiz seria tyilvez 1 évada coiu dem-.isiada facilidade n fazer intercalações involuntnrius: mas so o processo verbal, ainda mesiuo tardiamente redigido. foi lido ao accusado, e este o approvou, a sua approvaçito dissipa lodus duvidas e confêre 4 confissão força probatoria.

(20) Stubel, *Criminaloerf.*, § 736.—Martin, *Tratado de D. C.* § 76.

(21) Martin, *id.*, g 76, nota 2.

(22) Exemplo: o accusado promette uma quantia àqnelle que foi roubado, com a condição de não ser denunciado.

roafissao tacita que sô ppr si deva motivai\* a. condenção\* : muitas vexes vê-se um individuo innocente fazer ùtansacrificio pecuniario, para sahir 'de uma posição incommoda, e évitât uma denuncia que, ainda não fundada, pode causar-lhe grave pi-ejuizo (23). A lèi romana seguiu entretattd o sistema contrario (24), mas somente em rélaçfio aos,delictos particulares (25). As penas decretadas contra estes.deñictos erSo tao fracas que não se podia suppôr que o accusado, para levital-as, se reconhecesse culpado, não o sendo realmente; tratando-se porem de um crime ' capital, a mesma lei decrdia de outro modo. Entao a transacção (26) não podia ser alle-

(23) Exemplo : uma in ni lier attribue a sua gravidez a um padre catbolico e ameaçade denuncia-lo as autoridades ccclçsiasticas, s» não lue der 100 florins.

(24) L. 4, § *Vit D, de Bis qui notant, infamia*. L. 4, D. *de Jure fisei*\* Vide tSobetr L. 18, C. *de transaction*. (S).

(S) AprimoiraJJeí déclara infâme oo aeexisador, que transige cooi o seu adversario, sondo o crime, porque c accusado, furto, injurias e ma fê. A segunda considêra infâmes os que transigirão com os denunciantes nas causas fiscaes, ainda mesmo que tenlião dado a estes peqUcna quantia A le recira lei, porém, parées estar em antimonía com as primeiras j mas des-apparere esta.desdc que se attender que esse rescripto deDeoclcciano,eMaxi., miano refere-Se, pof excepção, ao crime capital, salvo o adulterio, e que firma expressamente aregra em contrario, isto é,que não se pode transigir nos crimes publicos cuja pena não soja a capital, exceptuada a falsidade.

(25) Gluk, *Explicação das Pandectas*,—Vide p. 68.

(26) L. 1 Dig. *do Bonis eorum qui ante sentent, mort*; ahi se lé o seguinte trocho :

<( *Ignoscendum censuerunt éi, qui sânguinem suum qualiter, qualiter redenptttm Tutbere tuluit* » (S).

(S) Ulpiano referindo-so aos rescriptos imperiaes que permitirão, por excepção de regra, transigir com o seu adversario nos crimes capitaes, dêl a seguinte -razãO: *porque entenderSo que se dévia desculpar «quelle qtfé proçurou de quâlquer modo salvar a vida.*

gada contra o indiciado, e comprehendia-se perfeitamente que este, ainda quando innocente, com receio de incorrer na pena, preferisse evitar por dinheiro os perigos da accusação. Os praticos generalisarão esta doutrina (27), cuja applicação tem lugar todos os dias na vida usual, e hoje, quer haj-a crime, quer delicto, a transacção não opera necessariamente. os efeitos da confissão.

4.\* A confissão deve ser o *productum da livre vontade do accusado* ; é mister que elle tenha tido a firme intenção de dizer o que é ; que nem o temor, nem o constrangimento, nem a astúcia, nem a inspiração estranha pareça ter-lhe ditado os termos.

Tratemos de cada uma destas causas de nullidade.

à.) A confissão não faz prova, quando foi provocada por meio de um *constrangimento illégal* (28). Convém examinar : 1\* se a confissão é pôsterior ao emprego dos meios de constrangimento ; 2\* se, depois de cessar todo o constrangimento, quando o accusado tinha completa liberdade de fallar ou de calar-se, espontaneamente reproduziu as suas declarações. No primeiro caso, é fora de duvida. que a confissão é nulla (29) ; não é o resultado da vontade livre, e sempre se deve receiar ter o accusado, para evitar dores intoleraveis, assumido falsamente a responsabilidade do

(27) Tittmann **III**, p. 562.—Voetius, *Comm. ad Pandect.* **Liv.** 2, tit. 15, ns. 17 a 20.

(28) Não nos referimos somente à tortura, mas também as penas corporaes conhecidas pela denominação de *penas de desobediencia*. (vide o Proc. Crim. Comp., t. I, cap. 82), comtanto **que** sejam prohibidas pelas leis do paiz.

(29) **Artt. 80** o 56, G. G. C.—Gralman, g 470.—*Da confissão*, g 1.<sup>o</sup>—Oesterding *nos Nov. Arch. de Dir. Crim.* (Ail.), VI, p. 681.

crime (30). No segundo caso, pôde-se ainda receiar tao-| bem ter o accusado reproduzido as suas declaraçOes, por temer ser posto segunda vez em tortura no caso de retractaçfto. Pode-se sustentar que esta segunda confissão foi ainda feita sob a impressao do terror (31) e da apprehensao mental ; entretanto o constrangimento anterior pôde deixar de exercer influencia sobre o espirito do accusado, e entao, sendo livre a sua confissão, não baveria razao para se a considérai- nulla, como a primeira. Porém, mesmo assim, para que valba (32) é mister prpvar-se : 1º, que o inquisidor (33) conseguiu fazer desaparecer o receio de uma nova tortura (34) ; 2º, que, além dissô, o accusado n&o é bomem facil em deixar-se dominar por tal receio, e que a sua vontade ficou livre; 3º, finalmente, que as circumstancias contidas na confissão sao complétas e. corroboradas pelas outras provas constantes do processo. b.) E'mister que a confissão tenba a sua origem na propria

(30) O Cod. austr., art. 401. déclara *nulla qualquer confissão extorquida por ameaças ou violencias*.—O Ood. bavaro, art. 186, déclara *nulla a confissão extorquida por meio de torturas corporaes*. — tk n

(81) O Cod. pen. ailstr., sem attender à circumstancia de ter sido' obtida por constrangimento a primeira confissão, érige em prova a confissão pos-terior, desdo que o espirito do accusado parece inteiramente libertado de qualquer influencia illégall, e forem-lhe concedidas todas as garantias a respeito para o futuro. (Art. 401.)

(32) Trttman, III, p. 481. — Hohnorst, *Ann. do tribunal supremo de Baden*, VI, 366.

" i , (34) Um excellent meio que se deve empregar neste caso é sujeitar o accusado a segundo iuterrogatorio de outro inquisidor.

(34) Déverse procédér neste caso corn extrema prudencia : vide um exemplo nã especie citada por Armin.t nos *Fragmentas de Bir. Crim.* ri. 6.

vontade do acusado', pôde ser provocada por algumas" per\*  
guntas genericas, mas nunca *suggestida* (35). Porém, se poi  
acaso o juiz empregou de passagem alguma vez a *Buggestao*  
nos interrogatorios (36), por isso sô nfto deve ser regeitada a  
confissao. Convém entao indagar, se a suggestao foi a causa  
dominante da confissao, pela quai o acusado assumio -a|  
responsabilidade de um crime supposto, se ella teve sobre elle  
bastante influencia para obrigar um innocente a confessar-se  
culpado. Deve-se observar, porém, que fazer simplesmente  
conhecer ao acusado o que se precisa saber délie, n&o con-  
stitue uma suggestao para se confessar culpado de um crime  
imaginario, e para, aproveitando-se de algum modo da  
pccasiao, responder affirmativamente à pergunta feita :•• ainda  
mais, se uma suggestao provoca a falsa confissao, deve-se  
primeiramente procurar com prudencia os motivoè desta\* fora  
da suggestao. O desgosto da vida e a exaltação conséquenté ;  
certas vantagens que se pôde ter em vista, dando^ -se como  
autor de um crime phantasiado, finalmente a tortura  
empregada, que leva o paciente, vencido pela dôr, a aceitar a  
accusação nao fundada, para escapar ao mal présente ; todos  
estes motivos, e ainda outros, podem apparecer na causa.  
Quanto à tortura, a lei romana (37) e a Caro-

(3ô) Bentham, *Tratado da Prova*, p. 3t.—Id. *Tratado dos Provas*, 1 p. 122,  
Carmignani, IV, pag. 69,135.

(36) Vide, sobre as *suggestdes*, a nomenclatuffe dos eacriptos especiaes no  
*Procerim. comp.*, 1, cap. 107.

(37) L. 1» S 21, Dig. *de Quæstion.* (S). Vide o commenta rio respectivo na  
idisscrtação do autor,- de *NuUitatib. in cousis erim.*, § 19

(S) Esta lei contém um preceito de Ulpiano, que fundado em um res-cripto de  
Trajano, diz *que o )jiiiz nOo deve interrogar do seguinte modo— SE tivios TITIUS  
COMMETTE\* o HOMICIDIO—mas deve perguntar ent gérai quem o commettett :*  
*porque, dé outro modo, pUrece que tintes se guet suggerir, do que procurar saber  
a verdade.*

t

lina (3f) prohibiao expressamente as suggestões : receiava-se. que,pondo-se o p'aciente- ao facto,nao sômente dos principaes artigos da accusação no seu todo, mas tambem de todas as circumstaicias especiaes e características, e .respondendo affiirmativamente sobre todos os pontos^dêsse lugar a que se acréditasse na sua culpabilidade, nao teudo elle, entretanto, conhecimento das circumstancias açessorias senao pelas perguntas circumstanciadas do interrogatorio. No processo moderuo nao ha mais tortura, nem, peuas por causa de desobediencia ; e, portanto, corao era naturaj, as précédentes prohibiçoes, em materia de suggestao, ficarao sem,aplicação possivel (39). Ainda que o inquisidor empregue a suggestao nos interrogatorios, nao tendo o accusado interesse em confessar-se falsamenie culpado, responderá promptamente por lima denegação pura e simples ; no caso contrario, sô poderia haver duvida, se elle manifestasse uma exaltacao fora do natural, ou se obrasse sob a influencia de motivos evidents ; entretanto', mesmo nesse caso, as suggestões de modo algum seriao perigosas, poisque o juiz reoonbeceria logo, que, em virtude do estado do espirito do accusado, as suas palavras nao poderiam merecer credito.

Em resumo, as suggestões nem sempre viciao a confissao de modo que esta deva ser absolutamente rejeitada (40) ; além disso, o interrogatorio é muitas vezes impossivel, se nao se recorre a ellas (quando o accusado, por exemplo, nega qualquer resposta categorica as perguntas que lbe sao feitas). Entao, para apreciar a confissao obtida por esse meio, deve-se ter em consideração as seguintes regras :

(38) C. G. O., art. 58

(39) Parst, *Das suggestões*, p. 63—Vide o *Proc. crim. comp.* 1, cap. 107.

(40) StubeL *Proc. Crim.*. 1988.—GrolUnaur, g 471. Tittmann, III, p. 363.

1\* Si se faz usa de raios de constrangimento illégal, analogos à tortura (41), a confissão não pôde absolutamente fazer fé, porque parece não ser senão a consequência dos meios de suggestão empregados enquanto durava o coação-trangimento ;

2\* O mesmo acontece, quando, não sendo o facto principal provado senão pela confissão somente, o inquisidor provoca, por meio de suggestões, uma confissão minuciosa a respeito das circunstâncias accessorias (42) ;

3ª Quando o accusado manifesta desgosto profundo da vida, ou parece obrar sob a influencia de motivos da mesma natureza ;

4\* Finalmente, tem lugar a duvida, quando as perguntas do inquisidor fezerem-se aos cúmplices (43), aos seus nomes, ou à parte que tiveram no crime. Neste caso o accusado não é mais do que uma testemunha (43) ; não estando em jogo o seu interesse pessoal, pôde-se acreditar-, respondendo elle as perguntas por uma simples affirmação, ter fallado muito levemente, ou então ter-se aproveitado da occasião offere-

(41) Mesmo nos paizes, onde estão em vigor as penas de desobediência, o juiz deve duvidar da veracidade da confissão, quando se souber da suggestão em relação ao accusado, durante o cumprimento das mesmas penas"; estas penas corporaes muitas vezes impressionam vivamente muitos individuos, e ha quem, não obstante ser innocente, se confessa culpado, para evita-las.

(42) Exemplo : o accusado confessou o facto sem circunstâncias, o juiz suggesto-lhe esta ou aquella circumstancia.

(43) Ç. C. C, art. 31.

(44) Sobre o perigo das suggestões nos interrogatorios das testemunhas: Parst. 1, l. c, p. 111 a 119. — Kittka, *Va verificação do cargo de delicto*, p. 188.



cida pelo juiz, respondendo pela affirmativa sem mais explicações, para salvar os sens cuinplices reaes.

Mas em todos estes casos'nao pôde haver senão duvida, -que aliás pôde desaparecer, e nunca nullidade absoluta. Tanto assim é que a confissao poderá gerar~.se no espirito do juiz, se, em lugar de um *si/m* puro e 'simples, a reaposta contiver circumstancias diversas das contidas na pergunta (45) ; se as circumstancias suggeridas nao se referireni senão a ac-cessorios pouco importantes ; se a confissao livremente obtida, sera a suggestao empregada pelo juiz, contiver numerosas circumstancias,de que sô o accusador podia ter conheçiméno ; e finalmente, se o accusado não fôr homem capaz de chegar a fazer confissOes tao graves por desgosto da vida, por leviandade ou por nao ter pesado maduramente o sentido das perguntas que lbe sao dirigidas.

6.) Tendo sido feitas perguntas capciosas (46), convém distinguir : ou a resposta do accusado é coucebida de modo que nao se pôde razoavelmente délia induzit a confissao de ter elle tomado parte no crime (47) ; ou entao, leyado ao extremo, e apertado na rede das perguntns capciosas, faz uma confissao formai e compléta. No primeiro caso, a\* confissao nenhuma prova faz ; séria quando rauito tacita (48), e como tel nao poderia sô por si autorisar a condemnação. No segundo caso, deve-se-lbe dar inteira fé, salvo se houver razoes plau-

(45) Heffter» *Tratado de Dlr. Crim.*, Balle, 1833, g 616.

(46) Vide a respeito o *Proe. crim. comp.* do autor, 1.1° cap. 94.

(47) Exemplo : teado o accusado negalo constantermente scr o .autor do assassinato, responde de repente—*sim*—âsegninte pergunta— *fizestes fêrimntos em Titi&s t*

(48} Steckor, *Das perguntas capciosas*, p. 39.

siveis de receiar ter elle feito, sem o saber, a confissão de um crime, de que não é o autor, em virtude da surpresa occasionada pelas perguntas capciosas, ou por não ter bem comprehendido o seu sentido e alcance. Mas, neste caso, uma lei derivada da natureza humana, faz desappare'cer todas as duvidas ; não é de supôr que um innocente se apresente como culpado, e se sujeite espontaneamente\* à pena; e de-mais, como se pode ver nas ditas perguntas um motivo para o accusado mudar de vontade e languagein \*? Se a coulissa o reúne as condições requeridas, se é confirmada pelas outras provas, as perguntas capciosas (42) so devem ser consideradas como um meio de fazer o accusado sahir do sileicio guardado de proposito, e de obriga-lo a prestar ouvidos à voz da sua conscienia (S). Nada Jia,pois,abi que logo ô. primeira vista faça considerar oomo duvidosa a confissão, que,

(49) Comtudo, aprossonio-nos em advertir.que quasi sempre é imprudente fazer tp.es perguntas, e que, alem disso, sondo ellaa ordinariameate feitas com astucia, sSo Indignas do magistrado.—Kittka. *itevista de Jurisprudencia Austriaca de Wagner*, 1881, Agoato, p. 81.

(S) Entre nos, o interrogatorio da formaço da oulpa esta sujeito a restrictas formulas legaes ; alem da identidadn da pessoa do accusado, tem por principal fim adefesa deste,como dizoSr.conselheiro Pimenta Bueno, art. 98 do Ood. Proc, Mas o interrogatorio polo juiz de diroito no juizo plenario sera tão restricto? Parece-nos qu'a nSo, à vista do art. 259 do God. Proc. nas palavras—*fard ao accusado as perguntas que julgar cowoenicntes*. Logo a confissão pode ser suggerida pelas perguntas do juiz.e nem porisso a lei a considéra nulla, e pelo contrario ella faz prova, desde que reunir as condições do art. 91 do mesmo codigo. Se as suggestões são feitas de modo que incorrSo nos vieios apontados, a confissão deixa de ser livre, c entSo cahe sob a regra do art. 91 ; so sSo feitas de modo que sô provoquent o accusado a fallfer, ou a explicaf-se sobre o facto principal n suas circumstancias, sem ameaças, sem promessas, e sem astucia ou cavillação ; o se, alem disso, a confissão coincidi r com as circumstancias ja provadas, não pôde doixar de considerar-se li vre, e fazer prova.

sera esta circumstancia, dévia merecer plena fê (50) ; uraa pergunto capciosa nao basta para levar alguem a confessar-se culpado,-nfto o sendo. Para se poder duvidar, séria preciso que o inquisidor tivesse fallado de circumstancias, a respeito das quaes talvez o accusado nao tivesse senfto idéas muito confusas (51) ; poisque podia acontece» que, surpfeso, e perturbado, dissesse mais do que queria (52) ; augmentando-se a desconfiança, se elle é timido ou fraco de espirito.

d.) A confissao pôde ser o resultado de um erro, quando o accusado deixa-se levar por promessas ou esperanças chime--licas (53) ; podem-se oppôr sérias objecções (54), no caso de parecer ser o erro sô por ai capaz de provocar uma confissao totalmente falsa, e de determinar o innocente a aceitar a responsabilidade do crime. Tem-se visto accusados estipularem a impuuidade para si, antes de denunciarem o seu cumplice ; tem-se visto tambem magistrados ehgana-los com a esperança de uma minoração da pena, com a condição délies fallarem ; .assim como se tem visto accusados preferir o castigo menos rigoroso, segundo esperBo, confessando-se

(50) Vide as excellentes observações de Stubel, *Proc. Crim* , g 1905.—Tittmann, III, p. 361.

(51) Kxemplo : a um individuo que tinha estado de vigia, emquanto se effectuava um roubo, perguntou-se : se tivesse apparecido algum< não terieis feito fogo?

"(52) Esta objecção é tambem previsfca por Martin, *Curso do Proc. Crim.*, l g 73, nota 8. "

(53) Algumas vezes o inquisidor, e principalmente os officiaes de justiça cm cumprimento de uma missão especial, procèdent mal fazendo aos réos promessas illusorias.

(54) Tittmanp, Iiï, p. 481.

culpados, à lentidão dolorosa do processo de informação (55). Mas pôde acontecer também que, não obstante' ter o inquisidor usado de astúcia, de falsas promeasas ou de qualquer outro vício condenável, a confissão nem por isso deixe de ter valor incontestável ; poisque o erro, por ter provocado a confissão, não a vicia (56), desde que o confitente é reamente culpado (57) (S).

## CAPITULO XXXV.

### DOS EFEITOS DA CONFISSÃO EM RELAÇÃO AO CORPO DE DELICTO PARTICULARMENTE.

Desde que um facto foi regularmente confessado pelo indic'iado, parece estar juridicamente demonstrado ; e este principio tem applicação, quer a confissão verse sobre o / crime na sua totalidade, quer sobre a sua execução pura e simples, quer sobre a culpabilidade intencional do autor, ou sobre uma circumstancia aggravante. Presentemente temos de tratar de uma unica questao : na falta de qualquer outra pena, a confissão pôde servir de prova

(55) A confissão deixa de inspirar confiança, desde que o individuo interrogado só falla para salvar outro, cuja graça ou attenuação da pena lhe foi prometida, sob a condição de dar elle as explicações pedidas.

(56) Exemplo : **faz** crer falsamente ao accusado **que o** seu cumplice confessou já o crime commum.

(57) O juiz tem o direito de empregar a astúcia ? Vide a respeito o *Pro& crim. comp.*, t. I, cap. 104 a 108.

(S) Entre nos as condições da confissão estão determinadas no **art. 04** do Ood. do Proc.

V.

sufficiênte do corpo de delicto (1) ? Ha aqui duas hypothèses ; em uma, nao existe prova alguma de ter sido com-mettido um crime, e nem ha outro indicio além da confissão do accusado (2) ; em outra, a existencia do crime é verosimilmente demanstrada pelas circumstancias da causa, cujas particularidades todas vem o accusado coii-fessar ; ora algumas ha entre estas, que nao sao provadas por outro qualquer meio, emquanto que ha outras que sao sufficientemente démonstradus por outras provas. No primeiro caso, a confissão n&o pôde bastar (3), nada prova a existencia do corpo de delicto (4), e a primeira coudi-ção, para que a confissão mereça fé (5), é que concorde perfeitamente coim as circumstancias da causa; ora na hypothèse de que tratamos, nao havendo corpo de delicto, deixa absolutamente de haver este meio de verifi cacao da veracidade da confissão (6).

(1) Hagenbruch, *de Effectu confessionis spont. in crim. deflc. cofp. del. adhuc incerto*. Lipsice, 1771).—Ilominol, *an et quatenUs certitudo corp. del. in Proc. crim. Lipsice*, 1773.

(2) Exempta: Titius déclara en juizo, quej ha doze annos, teve na rua uma rixa coim um desconuecido, que o matou e o lançon à agua : todas as outras tenta'tivas de informação. além (leestas declarações, ficarão sem re-Bultado.

(8) Nem mesmo se sabc realmente, se existio o individuo, que o accusado affirma ter^ssassinado,

(4) Vide Carmignani que aegue tambem esta opiniao. 4, p. 139.

(5) E' tambem a disposição da L. 1.D. *de Qucestion.* ; que diz, que a confissão n&o basta, *si nulla probatio religionetn cognoscentis instruat*.

(6) D. 1, § 24, D. *ad S. 0.8ilvan.*—L. 8,13. *de Confessis* (S).

(S) A primeira lei détermína, que para que os escravos possão ser obrigados a confessai- a morte de seu senhor, é preciso que esteja provado ter este sido assassinado.

A segunda diz, que não se deve condemnar aquelle que confessa dever cotisa, cuja existencia é incerta/ Esta lei tem appTicacão especial à mu ter i a civil, mas por analogia applica-s\* à crlminial.

II.

7.

Na segunda hypothèse, acreditou-se por muito tempo ■ que a confissão não "podia servir de prova ao corpo de delicto" (7) ; era a consequência directa da errônea opinião que não reconhecia como válida a sua verificação, senão quando tinha havido inspecção judiciária (vide supra, 2 part., cap. 21) : mas hoje já não se segue esse systema demasiadamente absoluto (8) ; só se vê na inspecção um meio, mas não o único, de chegar à manifestação da verdade ; além disso, qualquer que seja o crime, pôde acontecer que não fiquem vestígios, e neste caso, exigir absolutamente a vitória do juiz, seria querer o impossível (9). Não acontece frequentemente conseguir o malfeitor fazer desaparecer todos os vestígios do crime? Portanto, é incontestável que o corpo de delicto pôde perfeitamente\* em certos casos, ser demonstrado pela confissão (11) ; mas, como neste caso, por falta de outras provas, apparecem sempre dúvidas, devem estas ser completamente esviadas. De ordinario ellas se baseiam :

No character do accusado, quando este, sendo Bem conhecido, o defende contra a imputação do crime que confessa;

(7) Vide em Julius Clarus *Sent., quant.*, 65, & 11, quaes erão as idéas dos antigos juriconsultes a respeito.

(8) Stubel, *Do Corpo de Delicto*, g 306.—Tittmann, 111, p. 287.

(9) Vide o *Proc. crim. comp.* do auctor, T. 1, Cap. 68,—T. 2, Cap. 164.

(10) Dma mSi mata seii ffilho, e dâ\*b corpo aoa porcos para devora-lo.

(11) Zeiler, *Dissertaedea annuaes*, IL p, 187.—Tittmann, *Causas crimes notaveis*, ns. 8 e 4.—Wagner, *Imista de Jurisprudencia austriaca*, 1826, Maio, p. 237, 1828, quaderno 4, p. 195.—Bopp, *Materiaes de Legislaç&o de liesse*, Liv. 5, p. 148.—Hohnhorst, *Armuarios* 7, p. 267.

Ko possível desarranjo mental do accusado, porque vir confessar-se culpado. de um crime desconhecido, e expôr-se de bom grado as penas da lei, parece que é procêder contra a natureza ;

No facto de denunciar-se o accusado çomo autor de um crime, do quai entretanto, nao existe vestigio algum ;

Finalraente, no facto de ter o corpo de delicto, em muitas espeeies de crimes, certes caractêres, cuja verificação nao p6de regularmente ter lugar, senEo corn o auxjlio dos meios foraecidos pela sciencia (12).

Compete, porém, ao magistrado esclarecer todas essas duvidas (13), e ao juiz, examinar se ellas desapparecer&o completamente.

1º E' conveniente tratar coin algum deaenvolvimento da primeira questao : si se péde acreditar ser o accusado culpado do crime. Quando certas circumstancias fazem. concluir (14), que elle nao -tonna a força physica necessaria para consummar o crime confessado, a confissão carece de verosimilhança ; e como a verosimilhança \*é a primeira co'ndição da verdade de um facto,' segue-se que \_ tal confissão nao péde autorisar a condemnação- O mesmo acontece (15), quauda as circumstancias verificadas pela in&-

(12) Exemplo-: no caso de cnvenenamento.

(18) Os codigos modernos sSo unanimes neste ponto ; estabelecêrão con- • dições muito diffêrentes, mas que têm sempre por fim guiar o juiz.—Cod. austr., art. 400.—Orden. crim da Prussia, § 136, 370, 876.—Cod. bav.. art. 269— Vide Gmelin, da Administiaçflo da Justiça 'pénal, p. 158.

£14| Exemplo : um homem de força physica muito inferior denuncia-se como teúdo assassinado^em luta outro muito mais forte do que elle.

(15) L. 1. § 24, D. de *Quaest.* refere-se a esta hypothèse (S),

(S) A. citada lei diz que não sa deve prestar muita fé as declarações dos inimigos, porque mentem facilmente; mas tanibem não so ih?s deve negar absolutamnnte fê, soi) o pretexto ie inimizades.

truçfto tornao-se in concilia veis coin as essenciaes contidas na confissao (16). Se é simplesmente em razSo dos bons antécédentes do accusado que se trata de saber, se é possível imputar-lhe o crime (17), nao séria acertado considerar inverosimil a confissao, aô por ter elle adquirido, pelos précédentes da sua rida, uma presumpç&o favoravel ; de orilinario é difficil decidir, si se pôde julgar um individuo capaz, ou nao, de certo acto condemnavel ; poisque a ninguera é dado prescrutar claramente os arcanos do coração humano. Nao se tem visto homens viverenĩ por longo tempo sem reproche, emquanto as tentações nao os assaltarao, e depois, um bello dia, cederem a uma tentação mais poderosa e soltarcm as redeas as suas m as tendencias? Nao se-tem visto outros enganarem os seus semelhantes com a mascara de uma longa dissimulação, e depois, de repente, arranca-la na primeira occasiao, que se lhes offerece (18) ? Mas, se \* aos bons précédentes do indiciado e as presumpções, que délies resultao, vem juntar-se a circumstancia de <nao se poder descobrir motivos, que tivossèm podido leva-lo ao crime : se, pelo contrario, parece que, pela sua situaçSo particular, elle dévia ter l' interesse em nao commette-lo (19) ; o juiz deve mostrar-sa

duplamente escrupuloso na apreciação das confissões.

(16) Exempta : Titius déclara ter assassinado Sempronius a 4 do Janeiro de 1833, e teste tnunhas afflrmão te rem visto este com perfelta saude no dia 6 do mesmo mez e anno.

(17) O Codigo bavaro, art. 269, dispõe qae *a confissdo ndo pôde servir de vrova ao corpo de delicto, senão quando o accusado, de qualquer ipodo, deu lugar a que a sua culyâbilidade não cause admiração a ninguetn.* '

(18) Feuerbach reunio excellentes obsrvações a respeito nas suas *Causas criminaes*, 11, p. 111.

(19) Titius confessa ter sido o autor do assassinato de um homem, na existencia do quai elle tlnha capital interesse, de um homem que satisfazia as suas necessidaães, e cuja herança elle não podia pretender.



2º Segue-se o receio\*de um desarranjo nas faculdades mentaes do accusado. Mas este escrupulo, aprpssemo-nos em dize-lo, tem a sua origem na opiriüo erronea, que considêra a confissao como um phenomeno contrario à natureza. Esquece-ae o poder da voz da consciencia, que persegue o culpado a cada momento, e o obriga a aliviar o coração pela confissao do crime, ainda desconhecido até ahi. Dcmais, em todos os casos, bastará observai\* at-| tentamente o accusado para saber, se este receio é ou nao fundado. Os précédentes da sua vida, sua conducta e postura na occasiao da confissao e durante o processo, a averiguaçSo dos motivos, que o impellirao a fallar (20), sao Ioutros tautos meios de apreciaç&o, e graças a elles, o juiz nao'pôde deixar de ficar habilitado para decidir logo a questão.

3º As duvidas, provenientes do facto de nao existir vestigio algum do crime, nao devem embaraçar o juiz nos casos seguintes :

H

Quando o crime, por sua propria natureza, nao podia deixar vestigios (21).

Quando, pelo modo porque foi commettido, nao se pôde facilmente explicar a sua falta (22).

(30) Este ineio da apreciação o muito importante. Uma mulber apre-senta-se cm juizo e déclara que matou occultamente, ha oito annos, um filho natural que tinlia dado & luz ; que desde ahi a sua consciencia a persegue constantemente ; que, ha seis mezes, achando-se gravemente doente, fez voto de confessai\* o sou crime; que um sacerdotc, a -quem se confessou, animou-a na sua resoluçSo: toi as estas circumstancias provSo suficientemonto que a accusada obra cqm plena liberdade de ospirito.

(21) Exemplo : no caso de um delicto *facti trai^seu/iUis*.

(23) Exemplo : uma mulher confessa W queimado o corpo'de seu filho. ou te-lo dado om pasto aos porcos.

Quando as circumstancias actuaes dao a razao porque nao podem mais ser encontrados, ou porque o sao em pequeno número (23). Sômente neste ultimo caso é que uma vistoria torna-se frequenteiaente necessaria para ve-rificar, se o crime, tal como o accusado o confessa, podia effectivamente nao ter deixado vestigios (24).

4º Finalmente, se os escrúpulos do magistrado provém da circûnstancia de pertencerem ao dominio exclusivo da sciencia certos caractères, que o corpo de delicto confcs-sado dévia ter, convém uiuda procédér por via de dis-tmção\*.

Pôde acontecer que estes caractères, nao obstante pertence-rem ao dominio da sciencia (25), nao obstem a que outras cir-cumstancias, já provadas, vennão dissipai' todas as duvidas ; certos factos podem \* ser provados sem que limitas vezes seja possivel explical-os ; mas se os caractères duvidosos sao de tal nafureza que a vistoria se tome abselutamente indispensavel, entao os factos provados deixao de ter a mesma importancia (26).

A confissao nua tambem nao pôde servir de prova plena

(23) Exemplo : o accusado déclara ter assassinado Titius, ha dons annos,, e ter enterrado o cadaver.

/.

(24) Dirão, por exemplo, se é possível, em razão do lugar em que o-ca-daver foi enterrado, e da docoinposiçSo mais ou menos rapida que ahi se opéra, existirem ainda vestigios, depois do espaço de annos referido peio. accusado. (Vide um exemplo notavel na *Revistç de ffltxig*, n. 82, p. 260.

(25) Exemplo : quando se trata de decidir, se os ferimentos erao mortaes

(26) Titius déclara ter feito em Um bosque muitos. ferimentos mortaes em Sempronius, com a intonçSode o matar, e que o deixou como morto ao chSo. Não se acha mais o cadaver, mas as tegtemunhas afirmao que oito dias depois do assnssinato ainda o virão estendido no bosque.

do corpo de delicto, quando os caracteres constitutivos destes devem ser necessariamente submettidos ao exame de peritos ; neste ponto o acusado não pôde ser considerado testemunha. No momento do crime, o estado do seu espirito não lhe permitia sem duvida observar exactamente os factos (27) ; ou então estes caracteres, em virtude da sua propria natureza, não podiam ser apreciados (28) senão por um perito. O mesmo acontece ainda, se é necessária uma vistoria para poder avaliar a influencia, as relações entre causa e effectos de certas particularidades materiaes allegadas pelo acusado ; or a, desde que a vistoria não é mais possivel, o corpo de delicto tambem não pôde" Verificar-se sufficientemente (29).

Em resumo : o corpo de delicto pôde - muito bera ser provado pela confissão do indiciado, mas por uma coii-

(27) Exemplo : uma mulher confessa ter morto seu filho logo ao nascer ; mas no momento do parto a mulher podia facilmente enganar-se. o acreditar erradamente ter o filho nascido vivo.

(28) Exemplo ; o acusado confessa uma tentativa de envenenamento ; pretende ter propinado ao seu inimigo arsenico, que lhe vendia um mer-rador ambulante ; ora, o acusado sabe so foi arsonico, o não qualquer outra substancia, que lhe foi vendida, e que elle administrou T II

(29) Exemplo: o acusado declara ter descarregado muitos golpes sobre a cabeça da sua victima) e que o sell cumplice, tendo chegado depois. tambem o ferio no mesmo lugar.—Outro exemplo : Titius confessa ter torido Sompronius em um incendio : o seu fim era faze-lo perder os sentidos, para não ser denunciado por elle, pois quoria, aproveitando-se do incendio, commetter um roubo. Mais tarde, acha-se o corpo de Sompronius, mas em tal estado que não permitia um exame proveitoso dos peritos ; ora» neste caso, a confissão por si não serve de prova do corpo de delicto. Sompronius foi feridoT Perdeu a vida em consequencia dos ferimentos, ou surprehido pelo incendio T E' o quo nada demonstra.

fissao perfeita em relação as condições de credibilidade requeridas : é preciso principalmente que não se possa duvidar do estado completamente saõ do seu espirito ; que se demonstre plenamente que o crime, tal como foi consummado, não podia ter deixado vestígios ; que não pareça ser inconciliável com o caracter ou posição do individuo ; é mister que os peritos affirmem que podia ter sido consummado pelo modo porque este declara, e deduzão a razão de não se acharem mais os vestígios ; ou, finalmente, é mister que outras provas venham corroborar os factos» relatados na confissão (30). E aqui é applicavel a regra geral estabelecida anteriormente : deve haver concordancia entre a confissão e o resultado das outras provas. Mas, comprehendendo-se bem, para motivar a convicção do juiz, não é necessario que esta concordancia se estenda a todas as circunstancias ; sendo muitas delias verificadas por esta forma (31), basta que as outras possam conciliar-se com aquellas já provadas, e que, por consequencia, não pareçam inverosímeis (32).

(80) O art. 269 do Cod. bav. dispõe, que *a confissão deve concordar com todas as outras circunstancias, de tal sorte que não possa haver duvida sobre a realidade dos factos.*

(31) Exempta: uma mulher confessa ter moído, ha oito annos, seu filho recém-nascido ; afirma que ficou grávida do h, a designa os seus vizinhos BeC, que foram testemunhas de que cessarão as suas regras do Abril de 1831 a Setembro do mesmo anno; designa também D e E como testemunhas de que esteve presente em Setembro, o que depois reaparecerão os seus filhos.

(82) Exempta: no caso preterido (nota 31), o corpo de delicto não poderia de modo algum ficar provado, se as testemunhas affirmassem que, conforme todas as circunstancias delias conhecidas, não era possível que A accusado estivesse grávida na época a que se refere.

## GAPITULO XXXVI.

### DA CONFESSÃO QUALIFICADA. (OU LIMITADA.)

A confissão qualificada (1) é aquella que não comprehendê o crime em toda a sua extensão, ou que não assigna certos caracteres do facto imputado ; ou que encerra certas restricções que obstat os seus effeitos em relação à pena, ou tem por fim torna-la menos rigorosa (2). A apreciação desta confissão é cousa particularmente delicada; sob esta denominação commum, comprehende-se, reune-se uma multidão de casos ; tal é a confissão na qual o crime confessado é menos grave do que o crime constante da accusação (3) ; outras vezes o acusado, não obstante reconhecer a existencia de certos factos accessorios, nega outros cuja existência destrôe a possibilidade do crime (4), ou atténua a sua natureza (5) ; finalmente, outras vezes confessa os factos materiaes, puramente objectivos, mas, menos explicita sobre a

(1)" Borst, *Arch. noos do Dit: Crim., I*, p. 179.—Reyer, *de Confessions tmitata in cousis crim., Tubing.*, 1831.

(3) Vide as diversas considerações de Kleinohrod, *Da Confissão*, 1. a, § 10 o 16.—Quistorp, § 63.—Stubel, *Proe. crim.*, § 793.—Tittmann, *da Confissão e da Retração*. § 16, o *Manual*. 111, p. 487.—*Proe. crim. comp.*, t. 2º cap. 125.

(3) Exemplo : o acusado confessa o roubo, mas nega a violencia accessoria.

(4) Exemplo : uma mulher confessa ter dado a luz um filho adulterino e tê-lo enterrado ; mas sustenta que elle nasceu morto.

(5) Exemplo : o acusado confessa ter attentado com violencia contra e pudôr de uma moça, mas nega ter consummado ou qüerido consummar o forço in>ntp>

questão da intenção» ou a nega (6), ou afirma que elle trata outro fim menos criminoso (7). Assim tambem a confissão se diz *qualificada*, quando, sendo o crime confessado, o indiciado procura salvar-se com uma escusa mais ou menos valida, allegando, ou quando podia ter consciencia dos seus actos (8), ou que a sua justificação exclue toda e qualquer pena (9), ou deve attenuar-lhe o rigor (10).

A doutrina antiga deu regras pouco satisfactorias em materia de apreciação desta confissão ; quiz-se forçosamente applicar-lhe como subsidiarios os principios do direito civil, discutio-se amplamente para saber, se a confissão é divisivel ou indivisivel (11). Antigamente, e mesmo hoje, commetteu-se outro grave erro, que ja assignalamos : quiz-se transportar para o processo criminal o systema das *exa-pções* do processo civil ; sustentou-se que as restricções contidas na confissão qualificada sao outras tantas excepções, cuja prova incumbe ao accusado ; ora, uma vez admittido este principio, e sendo

(fi) Exemplo : afirma ter involuntariamente disparado a arma de fogo.

(7) Exemplo : confessa ter tido intenção de ferir, mas não de matar.

(8) Exemplo : allega embriaguez.

(9) Exemplo : allega a necessidade de legítima defesa.

(10) Exemplo : afirma ter sido gravemente provocado pelo *ma ad-reverso*,

(11) Exemplo : Gracou, de *Confession\* qualifie.*, g 4—16—Vide Angélus Arttua de *Malificiis*, § comepareut inquis, n. 1.—(Edição de Venez» de 1317), p. 223. Vide, entao, os moderaos, Carmignani, *Is da segurança social*, vol. 4, p. 141, sobre a questão da divisibilidade da confissão.

Aftini considerada (12) a allegação da l g tima defeza, ou da obediência passiva,   forçoso, para ser logi o, admittir tainbem que, quando a prova da   cep o nflo for compl ta, a confissao deve ser aceita contra o indiciado, sem se tomar em oonsidera  o as restric oes que ella cont m.

Não se podia deixar de recuar diante desta consequencia rigorosissima ; recorreu-se entao a um meio-termo (13) ; pretendeu-se ser bastante, para que a. confissao fosse admittida em todo o se  teor, que as restric oes parecessem simplesmente verosimeis (14).

Quiz-se tambem confundir sob o mesmo nivel todos -os casos possiveis, ainda que muito diversas ; mas estabelecer uma regra unica para ser sempre applicada,   desconhecer profundamente a verdadeira natureza da confissao' qualificada, e tirar-lhe os. meios de poder ser verificada. (15). E'

(12) O Col. bar., art. 272, i-ahio neste erro, servindo-se"(las expressões, tocep  o de falta de discernimento, de necessidade de l g tima defeza, etc<

(13) Por exemple vide o Cod. pen. bav., art. 43.

(14) A Ord. crim. da Prtissia., art. BW, assit!) se exprime : *quando o accusado accrescenta algumas restricções   sua confiss to, e que estas destroem ou attenuado o crime, a confissão ntto p de ser admittida, sentto qnando se prova que estas restric oes são verdadeiras ou verosimeis,*—O novo projecto revisto de Ord. do proc. crim. para o Wurtemberg (de 1830), art. 249, disp   q W : *Se a  onfiss   cont m restricções, que venJ  o des-mentir uma parle au accusação, dever  ser admittida com as restric oes que d lia fazem parte int grante, emquanto a sua falsidade ntto fur irre-eusavelmente demonstrada. Mas, se, tendo sido o crime confessado na sua totaliddde,   accusado s  aUega uma circumstancia att nuante, ou exclu-siva da pena, a exoe  do (Ifntto l e aproveita, senão quando fôr provado ser verdadeira ou verosimil.* Vide a lei de 1811, que sub stituio este projecto.

(15) Gm lin,  \* *AdmitHsttaetto da Justlea crim.*, p, 159, demottstra per-fei lamente, que as lei s modernas são «mitas v\*\*» viciosas ntste ponto.

esse uia erro fr quente, contra o quai nos opporeuios coin todas as forças.

Nao sendo a confissão qualificada mais do que uma declara o restricta, com o fim de desviar, em todo ou em parte, a pena incorrida, o juiz deve extremar as explfca es do accusado, no que têm de essencial, e apreciar todas as suas circumstancias, segundo a sua natureza (16) ; nao deve preoccupar-se com o seguinte adagio, sem d vida muito inexacto, mesmo em direito civil (17) : *a confissão   md/voisivei* ; nada (18) impede que elle possa examinar, se ha intima rela ao, e de ordem natural, entre as diversas partes da confissão, e mesmo separar o que deve ser separado no desenvolvimento que encerra. Passamos a expôr os principios de aprecia ao melhor applicaveis.

1. A confissão nao p de provar plenamente o crime, senfto quando se r f re a todas as circumstancias caracteristicas e constitutivas do corpo de delicto, nos termos da lei. Donde se segue que, se depois de ter confessado muitas, o accusado nega outras nao menos essenciaes (19), o crime nao se considera provado, e a confissão   considerada cotno nao tendo sido feita, Neste sentido, poder-rse-ia dizer talvez que a confissão nao   arbitrariamente divisivel ; nffio deve competir ao

(18) Beyscher, l, e., not. 1, *supra*, p. 16.—Zum Bach, *Considsra Zss sobre O dir. crim.*, p. 356.—Vide o *Proe. erim. comp-*, t.Ji, cap. 165.— begg, *Tratado do Proe. erim.*, p. 171.

(17) Vide sobre este assumpto uma disserta So do autor nos *Areh. du Proe.*, et .. 164 n. 3,

(18) Honhorst, *Awnuarios do Tribunal Supremo badez*, 5, p. 359.

(19) Exemplo : confessa que o ohjecto; que se du furtado, est\* »m seu poder, mas afflrma ao mes.mo tempo te-lo aefyado au reebido par doação.



juiz o albitrio de, a seu bel prazer, destacar deUa certas circunstancias favoraveis ao accusado, por elle affirmadas ; e obriga-lo a prova-las. Um individuo é accusado de ter furtado um relógio ; confessa que o objecto esta em seu poder por ter-lhe sido dado pelo do no; não ha duvida que o delicto não foi confessado, nem sequer em parte (20) ; compete à sociedade, parte accusadora, e que requer a applicação da pena, provar todos os factos característicos e essenciaes, cuja existencia somente torna possível a pena. Se a confissão compreheude certas circunstancias constitutivas de um delicto menor, e nega outras, que aggravariam a natureza do crime (21), ao deve ser applicada a pena do delicto menor, salve-, se outras provas demonstrarem a realidade das circunstancias aggravantes.

2. O accusado, confessando os factos materiaes, pôde fazer restricções sobre a questão da malicia ; a confissão só por si não deve motivar a condemnação, pois a intenção de commetter o crime é tambem um dos elementos essenciaes da culpabilidade. Surge aqui uma questão já tratada. Em certos paizes (22) o legislador, levado pela doutrina erronea professada por grande número de autores, elevou o dolo a categoria de presumpção legal ; em outros sabiamente deixou

(20) Mesmo em materia civil, quando o autor propõe a *actio depositi*, 80 o réo confessa que possui o objecto reclamado (um anel, por exemplo)\* mas afirma que lho foi dado pelo autor, deve-lhe concluir que ha negação sobre todo o pedido da acção. So, e que então a prova incumbem somente ao autor. (E' verdade que neste caso a posse constitue uma presumpção de propriedade) (N. D. T. F.)

(21) Exempta : » accusado confessa a furto, mas nega a escalada.

(22) Vide, por exemplo, a Ood. b. v. , art. 43.

de o fazer. No primeiro caso (23), concordando, basta que os factos materiais sejam confessados, para que o acusado veja. levantarse contra si a dita presumpção falsa de dolo ; e, apesar das suas mais formas negativas, o juiz teria o direito de condemná-lo, sem se importar com as restricções da confissão. Felizmente, não obstante consagrar o legislador esta falsa doutrina, todavia, graças a um instinto salutar, não a levou as ultimas consequências ; e certamente, consuetudo do processo a simples verosimilhança de falta de malícia, o magistrado deve logo admiti-la. Dahi resulta que, negando o acusado o dolo, o juiz deve examinar escrupulosamente as circumstancias que pareçam confirmar as suas negativas ; e, como, no fim de contas, a dúvida sempre, o magistrado nunca deve considerá-lo\* provado o dolo, enquanto as explicações do acusado derem lugar a não se considerá-lo como provável a realidade do acto criminoso (*culpa*) ou do accidente (*casus*), por elle allegado. Nos países allemães que se regem pelo direito romano, e em todos aquelles que repellam a presumpção legal do dolo, a posição do juiz é melhor. Nelles domina o principio : que para haver condemnação possível, é mister não só a *materialidade* dos factos, mas também a sua *intencionalidade* ; que a prova de cada facto característico fica sempre a cargo daquelle que pede a applicação da pena ; que o interesse publico, de que é o cargo, não o dispensa de modo algum de provar o dolo (24). Mas ha no dolo um facto de consciencia exclusivo de qualquer demonstração material ; só por indução pôde-se

(23) Vide mais acima, cap. 17, o teor da principal e as notas 13 e seguintes,

(24) *Introdução do Arte da defesa*. § 41.— Rossi, *Tratado do J. Crim.*, 11, p. 228.

atingi-lo ; e quando o accusado nao o eonfessar, o inquisidor em caso algum deve olvidar-se de dirigir as suas mais severas investigações para as circumstâncias que podem servir de ponto de partida a induções certas .Mais tarde, o juiz do pienario, cuja missao é decidir, se o acto rmputadq foi commetido com malicia, comparará as circumstâncias affirmadus pelo accusado em apoio das suas allegações com as constantes do processo, e, apreciando maduramente as relaçoOes existentes entre os factos confessados e os negados, déclarera pela sentença até que ponto o dôlo pôde ser inferido das circumstâncias da eausa. (25). O mesmo acontece no caso de allegar o accusado este ou aquelle modo de perpetração exclusivo, segundo a sua opiniao, de qualquer malicia, ou de qualquer responsabilidade em relação as consequencias do acto ; quando (26) affirma, por exemple, ter morto a sua victima por ordem e com o consentimento desta. O juiz, an tes de tudo, deve indagar, se esta allegação é verosimil, aflm de dar lugar ' a que exerça na decisao toda a influencia que pôde ter em direito. 3. O accusado confessa o facto e a intenção, mas allega

(35) O mesmo se deve dizer qu.indo o accusado confesssa ter tido a iu-> tencão de commetter uni crime menos grava\* e nega formalmente o designia de commetter oatro maior que foi a consequencia do piimeiro.—Vide, L' h g 7 ; Si 7 D. *ad leg. Corn, de Sicar* (S).

(S) A primeira lei sugeita à pana o que tiver prepafado on vendido o Veueno para m&tar alguem. A segunda manda avaliat o dôlo, segundo a acto, poisque' não considéra dôlo a culpa lata, e para exemplo aponta a facto de precipitar-se um individuo de um lugar alto e cahir sobre outro, e o de estar an individuo cortando ar-vores e ser morto um oufefb que passava pela quéda de um ramo, por nao ter o primeiro dado préviaments aviso. ; conclue que estes não estão sugeitos à pena dos assassines.

(36) Vide o caso citado na *Revista do DM\**, *crim. estrangeiro* de Hitziç. il. 8, p. 197.

#### &4

uni modo de perpetuaç&o que tira^âintençaõ a stia criniusli-  
dade ; affirma, por exemplo, ter-sé acliadô na necessidade de  
légitima defeza (27) > aqui tambem sao applicâvêis as regras  
precedentemente estabelecidas paf a o caso de negação ' do  
dôlo. A justificativa de légitima defeza nao pde realmente  
ser considerada como uma excepção de direito .civil (28) ;  
quando o féo apresenta esta justificativa não concède que a  
accusaç&o seja verdadeira na sua totalidade, concess&o que  
alias é sempre feita nas excepções civis ; pelo Contrario, af-  
firmar a légitima defeza, é negar o dôlo ; e as declarações -do  
accusado, que repelle a accusação como nullamente fundada,  
ou como não fundada, no sentido, ao menos, em que élla é  
allegada, constituem um todo indivisivel, e tem por objecto,  
no seu complexo, desviar totalmente, ou em parte, a appli-  
cação da pena (29). O juiz dirigirá a sua atençSo para cada  
uma das circumstancias allegadas : se o accusado, para da-  
f mais peso a sua justificativa de légitima defeza, argumentar  
com o mau caracter do seu adversario, coiffa as ameaças que  
anteriormente lhe fez, etc., etc., deverá o juiz indagar se estas  
asserções sao verdadeiras ; examinar o procedimento dos  
dous adversarios, e saber, se for possivel, quai andava-  
armado, etc., etc.} concluido este exame, decidirá entao, se o  
accusado merece credito na sua justificativa (30)>

(27) Art. 130, 145, 150, 156, G. C. C. Vide o commentario de Reyseher»  
*DUsertaçOo predta&a-*, p. 28 —, Gmelin, *Da Administração da Juttiça*  
trim.i'p. 166.—Losshirt, *Eotpotiç&ão dot Princidtot et Dir. Pin.*, p. 220.

(28) Vide acima, cap. 17.

(29) Vide o *Proc.erim. eotnp.*, t. 2, eap, 165(-rAbegg, *Tratado do Proc.*  
*crim*; p. 207.

(30) Vide, sobre a prova da necessidade de légitima defeza, o God. bav.»  
art. 181 e 186 ; mas este God. vai longe demais, declarando que ha^per-  
âumpção contra o accusado de ter ultrapassado a necessidade da defeza, sô  
pelo facto de não ter feito logo a sua declaração à auctoridade.

Finalmente, estas mesmas razões são aplicáveis ao caso de escusas pelo acusado alegadas, com o fim de fazer desaparecer toda a responsabilidade do crime, que, alias, confessa na sua totalidade : por exemplo, a escusa de *obediência passiva*. (31). Quando o acusado, partindo da suposição, que fica plenamente justificado, provando que obedeceu a ordens realmente dadas (32), apresenta esta defesa, nega uma parte da imputação, e procura fazer desaparecer a criminalidade. Esta circunstância, ainda quando não fosse senão verosímil, bastaria para introduzir a dúvida no espírito do juiz, e para desviar à pena.

4. O acusado pôde confessar o crime todo na sua materialidade e na sua moralidade, mas allegar ao mesmo tempo circunstâncias que o atenuem (33) ; vê-se-o então ordinariamente allegar alguns factos justificativos em apoio das suas declarações ; mas o juiz jamais deverá exigir a prova perfeita<sup>^</sup> delicto ; e se existir a menor dúvida sobre a inteireza culpabilidade, deverá aplicar-lhe o mínimo da pena.

(31) O projecto de lei Württembergue de 1831 > § 259, classificava a obediência passiva em categoria diversa da justificativa de legítima defesa. Mas errava evidentemente classificando a primeira entre as escusas que não tem relação directa com o crime.

(32) Esta questão dá origem a uma outra das mais graves : os agentes da autoridade, os simples soldados, são obrigados a executar<sup>\*</sup>, 93m excepção, todas as ordens que recebem, mesmo aquellas que forem inconstitucionais. Vide a este respeito. Rossi. *Tratado do Direito Penal*, t. 2, p. 127.— Absg, *Huttses de Jurisprudence crimin.*, d. 96, (S.)

(S) Entre nós decidem a questão o art. 14 § 5, e 142 do Col. Crim., combinado com o art. 10, g 3 e 18. § 7 do nr-smo Coi., segundo as hypothses.— Vide Conselheiro Pimenta Basto, Dir. Publ. Brasil. n. 576,

[<sup>^</sup>

(33) Exemplo: factos de sedição, de provocação violenta, etc.

n.

0.

## CAÍ»ITULO XXXVII.

## DA RBTBACTAÇÃO DA CONFISSAO.

À revogaçfto ou *retractação* da confissao tem lugar de dirersos modos (1); ella comprehende a confissao na sua totalidade, quauda o accusado, arrependendo-se do que disse, affirma a sua compléta innoCencia. Mas aqtti coh\* vem fazer as seguintes distincçOes :

1." Ou a retractação, como aoontece muitas vezes, diz respeito a uma confissao que satisfazia a todas as con-diçOes de credibilidade exigidas, e na quai p juiz pode-ria perfeitamente basear a condemnação.

2.º Ou entao a confissao, contendo certas lacunes, nao poderia fazer por si plena fê.

A retractação pôde tambem nao revogar a confissao, «enao em uma ou muitas de suas partes.

A Carolina contém muitas prescripções (2) sobre a materia (3) ; mas deve-se ter em lembrança, que nesta lei trata-se de uma confissao arrancada por meio da tortura, e retractada cessando esta ; e que uma confissao obtida por tal meio faz suppôr ter o accusado fallado, não obstante estar innocente,. sô para pôr um termo as suas insupportaveis dores. Esta lei em mais de uma disposiçào

(1) Crosr. *de Confessione rei et revacatione confessionis*. Amsteloâ, 1694. — Tittman, *da Confissao e da Revogaçdo*, Halle, 1810.—Kleinschrod nos *-Afch, noty. do Dir. Crim.*, J.V, p. 8.

(2) Arts. Ç4\* 57, 69 e 91, C. C. C.

(8) Walchj *de Evocatione confessionis capUe damnati in die ail ejusf supplicium destinato*, Jeva, 1793.—Tittman, l. c. (supra nofc. 1). § 26.

diz respeito (4) a retracção da confissão, que se pretende-ter sido feita deste ou daquelle modo, quando se trata de provar ter ella sido feita realmente nos termos constantes do processo verbal. Demais, no fundo destas regras especialissimas da Carolina, existe um principio de alcance mais gérai, e de util applicação no processo moderno, e que decorre directamente da propria natureza da confissão (5).

Mas voltemos as distincções acima estabelecidas.

1.º Se a retractação diz respeito a uma confissão plena-mente regular (6), deve-se applicar-lhe a regra segundo a qual a declaração tardia e parcial do accusado, unicamente feita no seu interesse, não pode destruir a prova plena primitivamente feita (7). Ora, toda a retractação contém uma declaração desta natureza, e assim como, independentemente da retractação, a declaração do accusado não lhe poderia aproveitar, pois\* que ninguém pôde ser crido fallando no interesse da propria causa, assim tambem a declaração, sob a nova forma que reveste, não pôde destruir a prova já existente. Convém considerar com escrupulosa attenção as razões nas quaes se apoia a retractação.

(4) Arts. 91, 92. G. C. C. comparadoa com os arts. 94, 107, 123 da Bamb.— Biener, *Ensaio historico sobre o processo inquisitorial*, p. 156.

(5) Entre as legislações modernas vide o Cod. aust., §402.—Orden. crim. da Pruss., g 273.—Lei da Saxonia sobre a *retractação*, promulgada em' 17 de Abril de 1810.

(6) Notaveis casos de retractação Ha *Revista de Hittig* precitada, ri. 37, p. 190.—Vide tambem Hitzig, *Annaes do Dir. Crim. estrangeiro*, n. 19, p. 88, e 23, p. 62.'

(7) Kleinschrod, *da Confissão*, § 18 (*Ant. Arcli.*). — Martin, *Tratado do proc. crim.*, § 73.—Tittman, *Manital*, III, p. 492.—Vide o *Proc. crim. comp.*, t. 3, cap. 169.

Sômente a veçpsimilhança e a gravidade destes motivos podem dar-lhe peso é importancia.

Portante, o primeiro objecte da retractação é fazer ver que u confissao actualmente revogada, por causa de um vicio ou de uma lacuna qualquer no cumprimento das condiçOes exigidas, nao merecia fé ; que erradamente se a considerava perfeita,e que pelo contrario existem no processo circumstancias materiaes, que, se fossem antes reconhecidas, teri&o obstado a que fosse ella admittida como prova. a). Uma destas circumstancias demonstra a impossibili-dade da existencia do corpo de delicto /S), b). Outra de monstra a inverosimiihança da accusação "e da confissao (9). c). Uma terceira faz ver que o aecusado nao podia ter commettido o crime anteriormente confessado (10). d). Outras vezes, estas circumstancias tendem a demonstrar que, coagido illegalmente (11), elle recorreu a confissao, por ser

(8) O magistrado conrenceu-se que A., victima de um assassinato commettido por B., esta realmente morto; mas eis que B. retracta a sua confissao e indica muitas testemunhas, que virão A. de perfeita saude muito tempo depois da época de pretendido assassinato.

(9) Exemplo : o aecusado confessa ter posto fogo a casa de seu vizinho ; ratracta-se., e Invoca o testemunho de peritos, que declarSo nao ter elle podido por o fogo do modo referido na confissao.

(10). Exemplo : o aecusado confessa ter posto fogo à cidade de A..., a 12 de Janeiro -de as 1882 ; retracta-se depois, e prova que nesse mesmo dia elle estava em B...J a 80 léguas de distancia de A...

(11) Keferlmo-nos tambem as penas de *desobediencia*. qnando forão illég al e exorbi tan temen te applicadas. Oonvém dizer que estas provas, nos paizes em que vigorão, por minimas que pareção (tomamos para exemplo a de dez baatonadas) podem. certamente impressionâr tão vivamente uma pegsoa fraca e delicada sobre pontos de honra, que prefira confessai- a goffrer um taLcastigo.



o unico refugio que lhe foi offerecido ;—>e) que foi amea-çado, caso nao confessasse ;—f) que foi iuduzido em erro (12); e que este erro podia levar um innocente a confessar-se culpado ; — g) que elle se enganou sobre as consequencias do acto criminoso- confessado,e que se por isso fez figurai a si proprio como tendo tomado nelle uma parte principal (13) ; — h) ou finalmente, que na occasiao da confissao achava-se em tal disposiçfio de espirito, que era impellido irresis-tivelmente a um falsa confissao de culpabilidade (14).

Alem disso, qualquer que seja o raotivo em que se apoia a retractação, é necessario, de um lado demonstrar a sua verdade, e de outro verificar bem quai ainfluencia que este motivo pdde excercer sobre a fê que precedentemente obteve a confissao.

Quanto à primeira destas duas condições, parece à pri-meira. vista que é necessaria a demonstração complêta da procedencia do motivo, para poder annullar a prova da culpabilidade plenamente produzida pela confissao ; todavia, lembremo-nos que a prova é o resultado da convicção do juiz, quando deixao de subsistir todos os motivos contra-

(13) Exemple : porsuadio-sa ao accusado que o facto não é sujeitp à pena, ou que, confessando elle, atténua a culpabilidade de um amigo.

(13) Exemplo: un homem tenta commetter um acto criminoso, de pois afasta-se precipitadamente; mais tarde tem noticia de um acontecimento funesto (por exemple um incendio) e imagina que o acto por elle - tentado foi a causa directa do incendio ; sô posteriormente à sua confissao é que elle reconhece que a sua tentativa não teve consequencias, e que o crime, de que se suppunha autor, foi commettido por ouïra pessoa, que. chegou depois da tentativa.

(14) O accusado podia ter sido enganado por uma illusão, pelos sentidos, por uma imaginação morbida; o desgosto da vida podia te-lo levado a confessar-se falsamento culpado.

rios (15); que a verosimilhança deusmô destesbasta para irapedir a formação da certeza, o que da mesma sorte é applicavel em materia de revogacao da confissão ; que ainda que sô seja verosimil o motivo desta revogacao, é isso bastante para tirar à confissão o seu valor (16). E, com effeito, assim como a confissão nao teria sido admittida, se esta circumstancia houvesse sido anteriormente conuecida, assim tambem, sendo ella revelada antes do julgamento, nao pôde deixar de reagir sobre a fé attribuida à confissão, que ella offende muitas vezes na sua essencia. Titius tinha confessado ter assassinado Sempronius ; depois retracta-se e faz apparecer uma testemunha, uma *v/mca*, que vio Sempronius de perfeita saude depois do dia do preten-dido assassinato ; ou entao Titius, em apoio da sua re-tractação, demonstra, como provavel, ter sido illégal mente ameaçado de ser espancado, se nao confessasse : certamente, o jute devefô, tomar em consideração tal retractação. Da mesma sorte (17), quando entre as ciroumstancias contidas na confissão achao-se algumas confirmadas por outras provas, séria de mais, exigir do accusado, que se retracta, que seja obrigado a produzir novas ciroumstancias tendantes a demonstrar, que a concordancia é puramente apparente ; séria impor-lhe uma tarefa muito difficil, que a

(15) Vidé adiante cap. 7,

(16) Já se foi o tempo em que a simples probabilidade da retractação da confissão raotivava a applicação de uma pena denominada *esetradordinaria* (Carpzov, *Prétails rerum crim. qucst.*, 126 en- 68.) O Cod. Bav. g 273, contentando-se tambem com a verosimilhança. dispõe que, *se parecer veJiementennte provavel não ter o accusado podido ou querido dizer a verdade na occasMo da confissão, a retractaçBo deverd ser admittida.*

(17) Tittmann, Manual, III, p. 491

j ustiça reproVaria. Desde que se demonstrar a parte em que deixa de merecer plena fé a confissão, esta perde inteiramente a sua força ; e as circunstancias accessorias, mesmo que não tenham sido expressamente retractadas, não podem mais ser invocadas no debate, salvo se fôrem provadas por outro modo. Titius tinha confessado ter posto fogo, em 12 de Fevereiro, à casa do Sempronius, contra quem, ha muito tempo, alimentava violento odio ; depois, retrac-tando-se, demonstra que, se confessou, foi porque se vio coagido a faze-lo : ora, se cahem completamente as suas principaes declarações, pouco importa que a sua presença no lugar do incendio, e o seu odio contra Sempronius sejam provados por outras provas ; neste caso compete ao juiz apreciar os factos e delias tirar as consequencias auto-risadas pela lei ; mas quanto à confissão, delia nada mais resta»

Admittamos agora que' o motivo, no quai se apoia a retractação, é cousa certa ou verosimil ; resta ainda a examinar, como ha pouco dissemos, quai o seu effeito relativamente à confissão por elle contrariada, e até que ponto pôde tirar-lhe a fé anteriormente adquirida. Para verificar este effeito, basta reconhecer que a circumstancia allegada pelo accusado, que se retracta, descobre uma lacuna essencial nas condições exigidas para validade da confissão. Quanto maior fôr a importancia da condição que falta, tanto mais difficil sera suppri-la por outros\* meios, tanto mais razão se terá em julgar, que o accusado não disse a verdade na primeira vez ; e com tanto maior força reage a sua retractação contra a confissão. Assim, demonstra, como cousa perfeitamente verosimil, que em seguida à sua prisão foi dominado por tristeza e desanimo profundos; que tentou mesmo suicidar-se : neste caso a sua confissão não

pode merecer mais crédito (18). Se allega ameaças, cous\*  
 trangimentos, soffrimentos ræaes, o juiz, tendo de decidir,  
 touiará em consideraç&o o character individual do indiciado :  
 irai individuo robusto, experimentado, intelligente, nao se  
 deixará intimidar por ameaças, nem levar ao ponto de  
 confessar-se culpado sendo innocent ; o contrario acon\*  
 tecerá com , um homem timido e fraco.

2." Q u a n d o a confissao retrac tada não era compléta :• quan-  
 do, por exemplo, délia não resultava plena e inteira-mente o  
 corpo do delicto, on quando as circumstancias acceatorias,  
 que contera, nao estao em perfeita concordancia com o result  
 ado das outras provas, menos ainda se deve obrigar os  
 retractantes a demonstraç&o compléta dos niotivos: a confissao  
 primitiva, pelas lacunas que contém, não pôde fazer prova  
 plena; e a retraetàção, que a vem revogar, ainda lhe tira  
 alguma força, que a sua primeira declaração lhe teria dado, se  
 o indiciado persistisse nella (19).

3.' Finalmente a retractação pôde referir-se sômente a uma  
 ou muitas partes da confissao.

(18) Um a nossa hypothèse déverse entender que era mesmo no momento  
 da confissao que o accuaado estava sob a influencia deste desarranjo  
 mental.

(19) E' occasião de examinar as soguintas questSas : quai é o effeito da  
 retractação sobre a confissao feita pelo accusado *uma \$6 vez t* Quai o seu  
 offeito sobre a confissao feita na instrucção preliminar, e mais tarde perti-  
 nazmento desmentida na instrucção ospecial ? — E" regra invariavel, que  
 a confissao, para fazer *ièt* deve ser conflrmada muitas veses pelas decla-  
 rações persistentes do ace usado. Donde se segue que se a confissao foi uma  
 sô vez feita, a retractação não pôde deixar de ter valor. Quanto a segundâ  
 questão, para decidi-la, é mister recorrer ao systema gérai da legislação'  
 que rege a causa; e ver se ella considéra a .instrucção principal sô por si  
 como um prooesso propriamente dito; ou se, no seu espirito, a *instrucçSù*  
*gérai e a especiâl* não s3o mais qup duas simples phases de um unico  
 processo e não são cssencialmente separadas.

v

Ou ella versa sobre factos essencialmente constitutivos do crime, que não é possível seiião quando é provada a existencia délies (20). Este caso é identico àquelle em que a confissão fôr retractada ua sua totalidade.

Ou ella versa sobre factos aggravantes da criminalidade (21).

Neste caso tambem as regras já estabelecidas serao applicaveis, salvo alguma modificação muito natural. Para que o juiz preste fé à retractação, bastará que o facto, tal corao é actualmente referido pelo accusado, seja perfeitamente concilia vel com as circumstancias constantes dos autos, e que além disso pareça verosimil (22). Se os factos retractados não são, nem constitutivos do crime, nem aggravantes (23), a retractação, juridicamente fallando, torna-se cousa indifferente, salvo se certas circumstancias da confissão primitiva deixarem, por causa das modificações da retractação, de prestar-se à concordancia, até entao verificada, entre ellas e o resultado das outras provas (24).|

A retractação parcial pôde, finalmente, conter a decla-

(20) Esempla : a accusada de infanticidio retracta-ae da sua confissão, e affirmar que *seu filho* nasceu morto.

(21) Exempto : o accusado de homicidio affirma agora que não obrou coin *premeditação*.

(32) Esempla : todas as circumstancias demonstrão que A. matou B. sem *intenção*. (23)

Exempto : a retractação versa sobre a hora pretendida em que o crime foi commellido ; sobre a ovasão do accusado depois de consummado o acto principal.

(24) Exempto : a época da perpetração do crime, o número dos ferimentos, podem ser causas indifferentes no pro-esso. e então a retratação de nada serve, *quando a novaversão do accusado sobre os factos fica'em harmonia comas outras provas*. Assim, o accusado, que confessa primeiro ter consummado a assassinato a 18 de Janeiro, as 6 horas da tarde, declara depois que o coinmetteu a 13 de Janeiro de manhã. Certas testemunhas tinham fallado com o seu adversario no dia 12 de tarde : o seu depoimento concilia-se perfeitamente com uni'i c outra versão ; o a retratação nao pôds então ter importancia.

II.

ração de circunstâncias agravantes até então ocultas ; neste caso ella faz fê, porque o accusado falla contra os seus proprios interesses; ma» é mister sempre que estas novas circunstâncias concordem perfeitamente com os factos constantes do processo (\*).

(\*) As leis novas da Alemanha attestão progressão certo nas idéas em relação & doutrina da confissão. Hoje é couza universalmente conhecida que a confissão do accusado não faz necessariamente prova dirimente, absoluta contra elle: mas que o juiz pôde basear a condemnação sobre a confissão, se as circunstâncias da causa o convencerem da sua sinceridade. Tal é o sentido expresso das disposições do novo código do processo criminal para o Württemberg (art. 298), o da nova Orden. de process. crim. para o Ducado do Baden (art. 252). Emquanto existirem duvidas, o juiz tem direito de não se contentar só com a confissão ; e neste ponto a doutrina legal da prova na Alemanha concorda perfeitamente com a seguida na Inglaterra e na America do Norte, onde os jurados só buscam a sua convicção na confissão, quando a sinceridade desta não pôde ser posta em duvida (Vide Grönleif, *Tratado das leis da prova*, I. p.163). A solução é fornecida pelo exame profundo do juiz. Portanto este tem de examinar :

1.º Se no momento em que os factos se consummaram o accusado teria podido examina-los exactamente. E' preciso com effeito duvidar da verdade da confissão, quando esta versa sobre pontos do dominio especial dos bornos da arte. Pouco importa que o accusado declare que propinou veneno a alguém: podia ter-se enganado e ter tomado por Teneno outra droga fornecida por terceira pessoa; e em quanto não se fizer um exame competente, o facto do envenenamento não pôde considerar-se demonstrado ;

2.º Se o accusado, no momento da confissão, estava em situação de espirito tal, que as suas palavras mereçam fê : com effeito é evidente que não merece crédito desde que se pôde desconfiar, com alguma verosimilhança, ter elle obrado sob o imperio da alienação mental, ou desde que parece sujeito a frequentes alucinações ;

3.º Se a intervenção do juiz da instrução, dos policias, dos alciaes de policia e dos carcereiros não manifestou-se de modo funesto por excitações mentirosas, por ameaças, ou por promessas fallazes : a simples verosimilhança do emprego de tais meios também tira a confissão toda a sua força ;

4.º Quando a confissão esta *isolada*, não pôde por si produzir plena convicção Titius declara ter assassinado ha nove annos um desconhecido, e -ter depois lançado à agua o cadaver : uma condemnação pôde ser

baseada sobre esta simples declaração, que nada corrobora, nem a' dos\* coborta do cadaver, o nem alguma das outras cirouinstancias que fazem presumir ter siJo commettido um assassinato T

5.o Finalmonto, a confissão não faz prova sufficiente, quando se conserva cm terraos vagos e geraes. Quando o arcusado desce as particu-laridades do todas as circumstancias do crime ;quando põo diante dosolhos do juiz o quadro vivo e completo da sua perpetração ; o juiz logo se convence; o magistrado sente que todas as suas duvidas desapare-cem, quando vê claro nos motivos que irapellirão a mão do assassino, e quauda sabo como o assassinato foi executado.

Digamos agora, que o caracter exclusivamente inquisitorial do pro-cesso allemão, produz uma das mais funestas censequencias. O juiz da instruoção é forçosamente levado a tomar a confissão por ponto de mira de todos os scus eaforços. Dahi naseem muitas vozes enganos feitos ao accusado. ameaças, pfomessas ; d'ahi as dctenções preventlvas, de proposito prolongadas na esperança de obter uma confissão que so demora. As leis allemâcs, sob a ilenominação de pena de desobodioncia, autoris ào as *sevicias*. a *pristto mais ou menos rigorosa*, contra todo e qualquer accusado que récula responder, que procède mal ou mente à justiça : sSo outros tanlos pretextos conuedidos ao juiz, para impôr vnrdas doiras torturas ao accusado que não quizer confessai- ; o que levado muitas vezes polo desespero, réfère outras tan tas montiras sob a forma de confissão. Os juizps de instruccção e principalmente os jovens o avidos de accosso tomão por timbre obter o maior número de confissões posai veUNSo se <1 e ve admirar portante das retractações poster iores as con lissées, e dasqueixas todos os dias repetidas contra o emprego destes meios que a lei deve reprovar. Opovo récula a sua oonfiança aos julgamentos criminaes baseados sobre confissões que parecem extorquidas. E todos osdiasajnstiça allemà vê diminuir a considoração que' deveria sor o seu necessario apanagio. Nesta materia, como em qualquer outra, o systema francez da publicidade e do debate oral deve attrahir todos os suffragios. Se o accusado confessa na audiencia,"todos os assistentes se convencem de que nada se fez para obriga-lo, e de que as suas palavras não emanão senão da sua livre vontade : os juizes, por seu turno, pcrante os quacs comparées podem attentamonte examinar a sua attitude, conceder-lhe, ou nogar-lhe credito, com conhecimento de causa. Se medidas illegaes forão empregadas na *instrtieção prelitninar*, o accusado pode declara-lo perante todos, affronta a que o magistrado instructor terá cuidado do não se expôr. Finalmente, quando a confissão foi ta na informaçãoé repetida no plenario, ha uma dupla garantia da sua veracidade, e de SPU valor como meio de prova.

{Nota manusc. do autor )

FIM DA QUARTA PARTE.

## QUINTA PARTE

### Da prova

#### CAPITULO xxxvm.

##### DA PROVA TESTEMUNHAL RM GERAL.

Pela palavra *testemunlia*, designa-se o individuo chamado à defpôr, segundo a sua experiencia pesaoal (1), a respeito da existencia e da natureza de um facto. Propriamente fallando, *testemunlia* é o personagem que se acha prêsente no momento e n que aconteceu o facto (2) ; mas na pratica e em relaço à prova, a *testemunlia* nBo tem importancia, e verdadeiramente nao se a considêra como tal (3), *senào qnando falla e conta o*

. (1) A palavra latina *testis*, om relação do setttido e origem com as pala-, vraa *antesto*, *antisto*, désigna o individuo *que se colloca directamente em "face do objecta*, e que conserva a sua imagem (soguade Garmignani, IV, p. 150.)

(2) Por isso se dû o nome de *testemunlia*- ao individuo não "intôrrogado, e que ainda não fallon; mas que se sabe estar no caso de ofazdr sô pelo facto de ter estado prêsente no momento do àcontecimenfco.—Vide tambem Bentbam, *Tratado das Prov. judic.*, 1, p. 192.

(3) Sobre a doutrina da prova testemunhal om gérai, vide Kleinschfod nos *Arch. do JHr. crim.*, VI, n. 8, c. Vil, n. 2.—Globig, *Tlieoria da Vero-similhança*. lp. 97.—Globig, *Censura rei Judic.* 11, p. 48.—Rolin, *de Delict. probation.* p. 43.—Constantin!, *Do Exame da Prova testemunhal no processo inquisitôHo*, Veneza, 1827.—Bentham, *Tratado das Provas*, 1, 110.—Garmignani, IV, p. 100.





*que vio*. Este depoimento, concebe-se, pôde facilmente offender a verdade objectiva ; a individualidade da testemunha sô por si pôde influir muito no modo por que observa ; se chegou ao lugar por acaso, se nada a convida a um exame serio, apenas guardará os caractêres mais salientes do facto : finalmente, certos preconceitos, certa disposição de espirito, fazem-na emprestar aos objectes côres imaginariaa ; e muitas vezes crê ter visto o que deseja ver. Frequentemente, e em relação a certos objectes, as faculdades intellectuaes, os hábitos praticos, a experiencia adquirida, tem uma influencia directa e sensível sobre as observações das testemunhas : são necessarias muitas vezes vistas mais exerritadas, intelligencia perfeita da importancia dos diversos caractêres da coisa (4), para apanhar com uma sô vista d'olhos todas as suas circumstancias essenciaes (5). O intervallo entre o acontecimento e o depoimento pôde modificar consideravelmente a natureza desta (6). A imaginação transforma facilmente a recordação dos factos confiados & memoria ; e entao pôde acontecer que certas circumstancias sejam postas em lugar inferior, que outras tenham côres mais vivas, em virtude de uma operação chimerica do espirito, que se apressa em preencher as lacunas da memoria ; torna-se diuicil entao distinguir o que é verdadeiro do que sô é imaginario. Não obstante ter a melhor vontade, a testemunha, chamada a depôr muito depois do acontecimento, não pôde mais separar a bbaervsção real, das

(4) Este caso apresenta-se sempre que occorrem di versos acontecimentos simultaneos ; o mister estar a enhor do si para dirigir a sua attenção sobre todos os pontos ao mesmo tempo.

(b) Vide as condições sob as quaes se pôde dar plenu fé à testemunha, *AntologUt* do Fironzo, 1838\* n. do Abril. p. 11G.

(0) Bontlmm, *Tratado*, y 52.

ereações phantásticas do espirito ; em uma palavra, quanto mais viva for a sua imaginação, tanto maior risco haverá de cair na inexactidão (7). Deve antes de tudo reflectir seriamente, conhecer o que ha de grave em um depoimento, proceder conscienciosamente, pesar com cuidado cada palavra que proferir, e, no caso de duvida, limitar-se a exprimir simplesmente a sua suposição, em lugar de affirmar o que não é positivamente certo. Um tal procedimento será para o juiz garantia segura da sua veracidade. E, fazendo-se mesmo abstracção de qualquer intenção culpavel de occultar a verdade, a individualidade da testemunha reage sempre poderosamente sobre o seu depoimento. Este se modifica, segundo a disposição» do seu espirito, no momento» em que falla, seguindo as inclinações a que se entrega. Quando a paixão a anima, quando o receio ou o medo a paralysa, deixa de fullar de muitos factos, de que poderia dar conhecimento ; o seu espirito, demasiadamente agitado, esquece-os momentaneamente. Tem-se visto muitas vezes homens os mais leaes lamentarem, porém já muito tarde, não terem podido lembrar-se, por ficarem intimidados pelo apparatus severo da justiça e não conservarem a calma necessaria, de certas circunstancias importantes, que, depois lhes vierão à memoria pouco a pouco. Finalmente, a experiencia demonstra que os homens se illudem a si próprios, e acreditão que não mentem, quando não declarão tudo quanto sabem ; e a testemunha, que não depõe conscienciosa e completamente, imagina desculpar a infidelidade do seu testemunho, dizendo, que não foi perguntada sobre todos os factos.

Eis quanto basta para demonstrar que é mister usar de

(7) Não-se **notado frequentemente que certas** pessoas, **por** emprestarem **muitas** vezes **a** outros os mesmos **factos** inventados, **acabão** acreditando na sua 'realidade'.

limita prudência na apreciação da prova testemunhal, e que acontece frequentemente, não obstante a boa vontade da testemunha, afirmar esta perante o juiz factos puramente imaginários em lugar da verdade. Portanto, o legislador deve cercar esta prova de todas as garantias possíveis (8) ; porque se estas podem satisfazer a consciência do juiz, e firmar a seguinte presumpção necessária : que a testemunha observou realmente os factos, e quiz a respeito deles depôr com fidelidade e completamente. As garantias do depoimento testemunhal classificam-se em três categorias principais :

1º Da economia da lei deve resultar para a testemunha os mais poderosos motivos para reflectir séria e attentamente, e para usar de uma linguagem inteiramente sincera e fiel.

2º O interrogatorio deve ser combinado de tal sorte, que de um lado a testemunha seja levada a declarar só a verdade, e de outro lado tornem-se impossíveis todas as escusas, todas as escapatorias, e que aquella seja obrigada a depôr completamente.

3º Devem ser dados ao juiz os meios de apreciar exactamente as qualidades individuais da testemunha, e todas as circumstancias que lhe permittão decidir, se a testemunha observou realmente, e se quiz fallar de conformidade com as suas observações.

A primeira categoria comprehende :

1º A advertencia séria e solemne feita pelo juiz a testemunha ;

2º A prestação do juramento ;

3º As formalidades do interrogatorio judicial ;

4º A publicidade dos depoimentos.

Quando a testemunha mostra-se animada de intenções firmes e leaes, a advertencia do juiz nada vem accrescentar

(8) Bentham, *Tratado*, p. 112 e 143, t. I.

à sua vontade de dizer a verdade; mas se hesita, cuino acontece muitas vezes (9), se o receio o interesse influe sobre o seu espirito, se manifeste leviandade prejudicial, o juiz dà-lhe a força que lhe falta, ou lembra-lhe toda a gravidade das declarações que vai fazer; todavia, esta advertencia tilo util, nao deve, para fazer impressao sobre o seu espirito, dégénérai\* em uma formula maquinal e uniforme (LO) ; deve ser convenientemente dirigida e adaptada aos individuos. H

O jurameato constitue uma garantia mais importante ainda, quer se o considere sob o ponto de vista da sancção religiosa, quer da sancção moral ou légal (11). Sabe-se por experiencia que, quando o homem não esta ligado pelo juramento, muitas vezes põe de parte a verdade nas suas declarações ; mas desde que fica ligado pela fé do juramento, altera a sua primeira versao, e nao occulta mais.» verdade, que um imperioso dever so obriga a revelar. A santidade do juramento, se o individuo não esta inteiramente depravado, actua sobre a sua alma e a purifica ; impelle-o irresistivelmente pelo verdadeiro caminho ; e a testemunha recua diante da torpeza de sellar uma mentira com um sello verdadeiramente sagrado, de calçar aos pés o que os seus concidadãos considerão como a arca santa da verdade ; finalmente, na ausencia de sentimentos mais generosos, a prudencia o leva a reflectir sobre as terriveis consequencias do perjurio, e

(9) Constantini, *do Exame dos Testemunhas*. p. 515, Kitka, *do Corpo de Delicto*, p. 404:

(10) As formulas ordinariamente escriptas nos Codigos (Cod. bav., art. 307 ; Ordtn. crim. da Prussia, § 377), não são mais do que indicações, das quaes o juiz pode usár com intelligencia.

(11) Bentham, *Tratado*, liv. 4, cap. 10 e seguintes.

Sobre uma vida inteira de inquietudes e angústias até o dia em que fôr conhecido o seu crime. Tal é o poder do juramento., que deve ser rodeado de solemnidades próprias, cuja formula deve-se modelar pelas sacramentais autorizadas pela religião da testemunha ; e que sobretudo deve ser concebido nos termos mais aptes para impressionar o seu espírito (12). O juiz não deve deixar fazer uso. a cada passo : aplicar sanção tão grave aos actos insignificantes, seria abolir nos jurisdições a ideia da sua santidade e da sua importância (13), Não é indiferente fazer prestar o juramento antes ou depois do depoimento da testemunha (14) : está verificado que esta o observará com maior fidelidade, quando é simplesmente chamada a confirmar « o facto » por ella anteriormente declarados : o seu depoimento, que lhe é apresentado na sua totalidade, mostra-lhe toda a extensão do juramento que se lhe pede ; pelo contrario, quando jura dizer a verdade, algumas vezes somente considera o seu juramento como uma simples promessa-

Não se deve omitir formalidade alguma do interrogatório judicial (15). O magistrado deve com mais razão esperar um depoimento verdadeiro, quando o aparato da justiça impressiona vivamente a testemunha, desperta toda a sua atenção, e a leva a pesar cada uma das suas palavras, lembrando-lhe as graves consequências, que podem provir d'ellas.

(13) Bentham, *tracção*, 1, p, 78, n. 11, copila.—Vide o *Proc. crim.*, *europ.*, t. 2º cap. 139,

(13) Vide o artigo do autor nos *Arch. do dir. crim.*, 1º p. 418.

(14) Vide o *Proc. crim. comp.*, II, cap, 133.

(15) Exemplo •• o tribunal deve estar completo.  
il. «•

"Quaiito & publicidade dos depoimentos (10), ella se fêcom-\* menda por si mésmà : a testemunha sabe que falla perante os seus concidadaos ; sabe que no auditorio pôde tairez haver mais de uma pessoa, que conheça como elle o estado real das cotisas, è que poderifto denunciar a sua mentira, se fosse ne» cessario : um duplo motivo, pois, ordena-lhe conservar-se na verdade.

As garantias da segunda categoria, como dissemos, referem-se ao modo do itterrogatorio ; mas nao é mener a sua importancia (17). Em primeiro lugar devem-se evitar dous erros graves : '*as perguntas muito genencas flS*), e *as perguntas suggesHvas muito especiaes*. A testemunha acredita ter sufficientemente respondido as primeiras, quando expôz summariamente os factos por ella conhecidos ; ora, desde que ella tem a faculdade de distinguir entre o que julga necessario dizer, e o que julga poder calar, dominada pela paixao ou pelo interesse, occulta aquillo que o seu interesse, ou o do accusado, lhe aconselha nao revelar, e desculpa-se com a sua cons-ciencia, dizendo que o juiz nao foi minucioso. Se, pelo contrario, as perguntas são muito especiaes, se, â força de querer se indicar a testemunha os factos sobre que tem de depôr, estes sao-ïhe expostos precisamente, de sorte que ella sô tenta que responder—*sim ou nao* (19), cahe-se no outro es-

(16) Bentham, *Tratado*, I.1, % cap. 10—Idem, *Rationale*, I, p. 54.

(17) Bentham, *Rationale*, I, p, 445.—Constantini, I, **cap.**, p. 467.

(18) **Exemplo** : pergunta-se à testemunha o que sabe sobre o que se pas-se u a 12 de Janeiro. Esta pergnnta feproduz-se frequentêmente no **pro**-cesso preparatorio em França.

(19) Exemplo : pergunta-se : A. estava présente ĩ ou •• B. trazia **uma** ca-saea verde ?

colho. A testemunha leviana e superficial, sem se reportar com as consequências da sua declaração, apressa-se em dizer — *tim*, aproveitando-se da ocasião, que se lhe proporcionar para se tirar de embaraços. A testemunha mal intencionada e perversa, não obstante nada saber dos factos, também aproveita-se da ocasião, e responde também — *sûn*; engana o juiz, que acredita que o seu depoimento é consciencioso e baseado no conhecimento pessoal da testemunha, que nunca o teve.

Finalmente, dissemos que, para dar à prova testemunhal toda a força de que é susceptível, é mister que o juiz possa informar-se sobre a pessoa da testemunha, ao menos tanto quanto é necessário para apreciar a sua veracidade.

Quando o magistrado dá crédito à testemunha, supõe que esta viu e quiz dizer o que viu : donde se segue que lhe dá conhecimento de todos os factos, nos quaes se baseia esta suposição (20). As garantias desta natureza são derivadas das faculdades intellectuaes, da postura da testemunha e da forma exterior do seu depoimento. Aigu mas vezes basta uma vista d'olhos para reconhecer que a testemunha não podia ter observado de modo conveniente ; a paixão que trans-

(20) Por isso Adriano disse com razão, 1.3, §, 8, D. de Testibus ; *Tesli-bus se non tettimoniit crediturum* (S).

(S) O imperador Adriano dirigio um roscripto a Junias Kufinus, pro-consul da Macedonia, declarando, que acredita nas testemunhas, e não nos testemanhos. As palavras da epistola concernentes são as seguintes : « Tendo Alexandre accusado Apro perante mim por certos crimes, e não os tendo provado, e não produzido testemunhas, queria fazer uso dos SPUS testemunhos por escripto, o que eu não adWtto, porque costumo interrogar pessoal mente as testemunhas : remctti-o, pois, ao presidente da provincia, para que este se informasse da fê dévida a tacs testemunhas ; devendo ser exilailo no caso de não provar a sua accusação.

parece nas palavras, certa hesitação a respeito de certas circunstancias, um embaraço mal dissimulado em presença do juiz, e que mostra o desejo de não dizer tudo ; certas tentativas para illudir uma pergunta, são outros tantos symptomas que guiam a justiça na apreciação do depoimento testemunhal. Ora, sob o regimen do processo no systema das peças escriptas, - únicas fontes donde o juiz definitivo pôde derivar a sua decisão, e que a instrução lhe transmite mudas e inanimadas, a quelle só tem entre mãos uma letra morta, que não lhe permite, nem ver, nem ouvir a testemunha, faltando-lhe todos os meios de verificar estes symptomas da verdade desta. Por mais consciencioso que seja o inquisidor, não pôde reproduzir todos os caracteres fugitivos e individuais do depoimento exterior ; e a falta de publicidade não fica supprida, obrigando-o a consignar em um processo verbal especial as particularidades da attitude da testemunha. Quando a testemunha balbucia, e se perturba ; quando hesita e retracta-se logo depois de ter fallado, o juiz, se conhece o coração "humano, logo conclue que não se deve prestar absoluta fé ao seu depoimento. Mas não é tudo ; a publicidade dos debates, e é este o seu principal beneficio, faculta-lhe ainda fazer perguntas mais apropriadas, e esclarecer muitas circunstancias, que ficariam obscuras, se o depoimento só existisse nos autos, e não fosse feito perante elle. O inquisidor não julga definitivamente ; por isso não liga bastante importancia a uma multidão de pequenos factos que passam despercebidos ; mas o juiz definitivo, pelo contrario, vai procurar os fundamentos da sentença nos elementos da instrução ; e, portanto, melhor do que ninguem está habilitado a verificar, se a prova testemunhal é produzida como convém (S).

(S)'Entre as testemunhas devem ser juramentadas conforme a sua



## CAÇITULO XXXI\$.

OUÇIAÏISAÇÃO DA PUOVA TESTBMUNHAL, SKOCNDO A DtVERSIDAOE  
DAS LKQISLAÇgKS.

Todas ta legislações crimiuaes clasisinc&o o testemunliol entre as provas ; mas as regras especiaes concementes fi, admissao de certes testeraunhas, as formalidades do interrogatorio judicial, etc., etc., différent segundo os priucípios fundamentaes de cada uni\* destas legislações.

E' fora de du vida que a diversidade dos sy stem as *accu~ satorio e inquiritorial* produx différences profundas (1).

Na luta entre o accusado e o accusador, que constitue o processo accusatorio, vô-se-oa face a face guerrearem-se com o auxilio de todos os meios. O accusador esforça-se em convencer ao juic da culpahnidade de acu adversario e da ver» dade das suas proprias allegações, e o accusado, da hnprocedencia da aecusação ; este ataca todos os meios de que M ser-

roligião. (Cod. do Pr oc., art. 86), o a rllaa se dovem faz«r as perguntas referidas ueaso artigo, para vérifie ar a sua identidade, o valor do sou depoimnonlo, as rolações quo as prendaui as partes. Deveni ser inquiridas do Titra voz. cala um i dl par si, « soparadamente das outras, do borto que estas nao oução o qwj dix a qua esté dapondo, i> nom mesmo o que dix o au-torou réo (Cod. do Proc., art. 88). Os sous depoimentos devom ser escriptos polo oscrivâu. e por ollas assignados, polo juix e partes (Cod. do Proc., art\*. 87 « 113), salvo perante o jury, ondi so dévora ser escriptos, se as partes o roquerorem (Aviso de 7 de Novembre de 183.1). Séria ronvenlente, por causa dos Mtursos. qno os dopoimentoa dados poranto o jury fassent escriptos. Devem ser inquiridas pelo juiz compétente, o «o reaidtremlôra, por precatoria desto. E' uma importante garantia para os direitos du defeza a di sposiçab do art. 40 do Cod. do Proc. Finalmonte, havendo diver-gencia entre us teitemunhas, podem ser c&readas, ou •k-oAcio. ou a reque-rimento das partes ou juradus. para se conhecer quai lai ta a verdade. .(Cod. do Proc., art, 00.)

(1) Carmignani, Dette *Isqvi*, 3 te., p. 160.

vio o accusador, inderroga com este fini as testemunhas que este produzio, fa-las cahir em contradicção e esforça-se em denionstrar queellas sao indignas de fé (2). Ora, não sendo as testemunhas, que ambas as partes produzem, sen&o armas cujo alcance cada uma trata de diminuir, d'ahi résulta para o accusado um direito illimitado de interrir no seu interrogatorio ; résulta ainda o seguinte facto necessario : que o seu intecrogatorio nao pôde ter lugar senao em presença de ambos os adversarios. O principio da aceusação tem tambem por consequencia necessaria crear numerosas restricções a admissibilidade de testemunhas ligadas ao accusador por laços muito intimps ; o legislador suppoz com razão que as suas déclarações serio parciaes, e se limitariflo a reproduzir os articulados do accusador : para exemplo, citemos os seus parentes proximos e os seus famulos. Sob esse regimen, expressao fiel das idéas pppulareg, a lei deve evidentemente mostrar-se mais severa em relação a certes individuos. cujo testemunhó repelle, e cujo interrogatorio prohihe. A publicidade da formação da culpa, tal como é no processo accusatorio, dá lugar as exclusoes. O povo, que esta présente, se apressaria em condemnar a admissao de testemunhas dépendente<sup>3</sup> do accusado, ou seus proximos parentes : coïloca-las em face délie e sob as vistas do auditorio, chama-las a depôr contra aquelle quem estao ligadas por tftntos laços, sería vôo-lentar a natureza, e impôr-lhes ura doloroso constrangi-mento. Bastariao sdmente estas razoes para- produsir nos espiritos a idéa da sua total inadmissibilidadê'. Por tanto a primeira divisao que deve ser feita é em *testemunhas ca-pazes e incapazes* (ou absolutamente inadmissiveis).

No processo inquisitorio um principio contrario dá ori-

, (2) A reinquirição do debate inglez offereee um perfeito spécimen deste processo.

gem a outras consequencias. Conhecem-se os caractères dominantes deste processo, que caminha lentamente, passo a passo, colhendo, no interesse da manifestação da verdade, os elementos diversos, dos quaes o juiz do plenário terá de deduzir os motivos de uma justa decisão sobre os factos verdadeiros ou falsos da accusação. O inquisidor deve seguir até o fim os mais pequenos vestígios, pois que estes podem conduzir à verdade, ou ao descobrimento de indícios novos e importantes ; e qualquer que seja a pessoa chamada a depôr, em relação ao accusado, ainda que pareça pouco importante o depoimento que d'ella se espera, é mister sempre que seja interrogada, e que o magistrado tente tirar d'ella informações, como se diz na pratica. E' por isso que o depoimento de um menor, de um parente, de um cúmplice, pôde ter no processo notavel importância ; e é só a afinal que o juiz, tendo sob as vistas todos os materiaes fornecidos pela instrução, os examina, compara uns com os outros, e indaga qual o valor de 'cada um dos depoimentos produzidos. Neste systema é maior o número das testemunhas admissiveis, pois o legislador prudente nullo deve augmentar demais o número das exclusões, porque d'isso em resultado diminuir fontes preciosas da verdade. As testemunhas, na frase de Bentham, são os ouvidos e os olhos da justiça (3). Seria impolitico cerrar-lhe estes ouvidos e estes olhos, e tirar-lhe assim os meios de certificar-se da realidade da accusação. Do facto de ter sido um homem condemnado à pena de prisão por um delicto, não se deve concluir, em regra geral, ser inadmissivel o testemunho de todo aquelle, que tiver soffrido a pena de prisão : é verdade que este indi-

(0) Bentham, *Tratado*, II, p. 93.

viduo pôde vir mentir à justiça ; mas é melhor deixar sempre ao critério do juiz a faculdade de apreciar o grão de confiança, que elle merece. Bahi resulta que no processo inquisitorial ha três classes de testemunhas : a das admissíveis, cujo número é maior que no processo accusatorio, a das absolutamente incapazes, e a das simples/ mente suspeitas ; estas, por ser duvidosa a sua veracidade, sac pelo legislador recommendadas à attenção do juiz, a quem tambem é dada a faculdade de determinar? ate que ponto podem ser acreditadas-. No processo accusatorio, as testemunhas produzidas pelo accusador depoe no sentido de quem as produz ; doude derivao consequências decisivas, como já vimos ; mas no processo inquisitorial assim nao acontece. O inquisidor convoca ex-officio todos aqueles que o podem auxiliar no descobrimento da verdade e a sua missão nao deve limitar-se a fazer perguntas tendentes ao descobrimento do delicto : a sua solicitude imparcial deve preoccupar-se ao mesmo tempo tanto com a culpabilidade possível do accusado, como com a sua innocencia. O processo inquisitorial allemão, secreto em todas as suas phases, devia, com mais razão do que qualquer outro, ser menos exclusivo em relação à admissão de testemunhas ao depoimento. Compreende-se que o caracter secreto do processo leve o magistrado instrutor a dirigir-se de preferencia as pessoas ligadas ao accusado por laços intimos -, a testemunha acha-se menos constrangida depondo na ausencia deste, e longe do publico \*, além disso os resultados possíveis do interrogatorio se lhe apparecem em um futuro longinquo ; e atretanto que, «e tivesse de comparecer em um debate publico e depôr directamente contra o accusado, suporia dar-lhe um golpe em cada uma das suas respostas. Mas uma circumstancia sobre tudo contribue a dar um

caracter decisivo à organização da prova testemunhal -, é a composição dos tribunais, que, ou são justiças populares em certos países, ou são collegios de juizes jurisperitos em outros. No primeiro caso, convém antes de tudo estabelecer o principio : que os jurados, sahidos do seio do povo, são mais aptos para conhecer as testemunhas, a sua individualidade, a consideração de que gozam entre os seus concidadãos, e por consequencia, para dar a cada uma o grão de confiança que merece : por isso a lei é ampla em relação a admissão das testemunhas, e deixa aos jurados o arbitrio de debidirem a respeito do valor dos depoimentos produzidos. Si se trata de juizes jurisperitos, a lei deve peuz o seu arbitrio por normas precisas e rigorosas : ella não quer que possam p'estar fê não merecida a certas testemunhas, e para obviar a esta perigosa tenden-cia, estabelece classificações : testemunhas simplesmente suspeitas, e testemunhas absolutamente incapazes ; e como a sua disposição é *géral*, não podem absolutamente prestar fê as palavras daquellas por ellas declaradas indignas de crédito

Estas summarias considerações explicam as diferenças que se encontram\* no estudo comparado das legislações nesta materia.

Entre os Romanos (4), o principio da accusação e apudblichkeit do processo provocaram numerosas instruções do legislador a respeito das testemunhas que o accusador tinha direito de produzir (5). Depois a jurisprudencia e a sabia

(4) Ayratit, *A Oriem, formalidade, & &..*, p. 432. 0) Ç.

3, § 5.— L 18. 18, Dig. do Testibus (S) :

(9) A primeira lei classifica em três classes as testemunhas inadmissíveis : 1ª, aquellas que devem respeito à pessoa contra quem vão depôt I II. • • \*\*»

duutriaa dus iurisconsultos trouxerao mais tarde flovas" idéas (6). a respeito da fê no depoimento testemunhal ; o debate publico tambem deu frequentemente occasiao de apreciar racionalmente as qualidades individuaes das teste" munbas produzidas nas causas j e cedo foi admittida a regra, que o juiz, verdadeiro jurado sob o imperio da lei romana, era o supremo arbitro da fê dévida à testemunha, depois de pesadas devidamente todas as circumstancias (7). Nas suas constituições (8) os impei'adores occuparflo-se de

2<sup>a</sup>, -as que tem fraquera de ospirito ; 3<sup>a</sup>, as que tem a nota de infamia, Exempliflca com os librtos, os condemnados qu° não obtivefSo restituição *in integrum*, os presos, os que locarão seus serviços para com-bater com as feras, as meretrices, os condettinados como testemunhas peitadas, e mesmo aquelles que, ainda não condemnados, tivessem roce-bido dinheiro para depôr. A segunda contem um preceito de Papiniano» recommendando ao juiz que preste atenção, para saber que credito deve dar â testemunha que jâ foi condemnada como calumniadora, e que nem a lei Romania, e nem as leis .Tulias tinham repellido do depoi- -niento. Na terceira Pâulo conclue que, em gérai, as raulheres podem ser testemunhas, porque a lei só excluio as coiidemnadas por adulterio»

(6) Principalinente o titulo todo do Digesto de *Testibus* (L. 22 tit. 5) é a sua expressSo fiel.

(7) L. 21g 8, Dig, de *Testibus* {S). Esta lei, quando concorrem muitas testemunhas, manda que o juiz dê mais credito aquellas que entender em |sua consciencia, e que não deve se regular pelo maior número das testemunhas, mas pela sinceridade dos seus depoimentos.

(S) Por exemple: L. II, *C/de Accusation*; L. 9, "*C. de Testibtis* (S).

(S) Os impsradores Honorio e Theodosio prohibirão aos libertos depôrem contra os seus patronos, por causa da ingratição ; ainda que sejam obrigados a comparecerom em juizo. E' o que contem a segunda lei. A primeira dispôo que, não obstante o accusado de homicidio ter sido uma vez processado e absolvido, pôde outra vez ser accusado pelo mesmo crime por outro, e condemnado, se houver prova.

certas particularidades da prova testemunhal (9); algumas vezes a declaração plena e suficiente para servir de base a uma condenação : outras vezes decidiram formalmente<sub>x</sub> que o juiz não podia condenar pelo depoimento de uma testemunha singular (10).

As formas inquisitoriais e secretas do processo canônico, produzindo uma organização correspondente das regras da prova, levaram os praxistas da média idade pouco a pouco

(9) L. 2. C. *Quorum appell. um recip.*— L. 8, G. *ai Leg. Jul. ie vi.*— L. 16. G. *de Poznis.*—L. 25, C. *Probat.* (S)

(S) A primeira não obstante proibir que se receba a apelação do condenado por crime capital provado, todavia abre uma exceção, fundada na equidade : quando o acusado não confessou o crime, ou quando a sua confissão foi arrancada pelos tormentos. A segunda lei contém uma const. dos imperadores Valentiniano, Teodosio e Arcádio condenando ao último suplício os escravos convencidos de crime de violência, e o cometterão ignorando os senhores ; o se cometterão por ordem e ameaças dos senhores, estes deviam ser declarados infames e privados dos privilégios inerentes à sua pátria ou origem, e aqueles deviam ser condenados aos trabalhos públicos ; e nestas mesmas penas eram também condenadas as pessoas de má reputação e infames, as reincidentes no mesmo crime, e até o próprio juiz devia ter a nota da infâmia, se se provasse ter ele retardado a punição do crime de violência provado, ou ter repellido a accusação, ou ter absolvido o acusado estando provado o crime, ou ter-lho applicado pena menor do que a decretada na dita lei. A terceira ordena ao juiz que, antes de pronunciar contra algum acusado a pena capital ou outra pena severa, attenda a que este seja convencido de tal facto pelas provas, que a sua confissão seja quasi inutil' para se formar convicção completa do seu crime. Sobre a ultima Lei vide nota (S) pag. 29.

(10) L. 9, C. *de Testionibus* (S)..

(S) *A3 leis não permitem a ninguém que possa depor em causa propria,* \_\

a uma classificação systemática das testemunhas (11); fizeram uso dos textos das leis romanas, que determinam quais as testemunhas, que o <sup>x</sup>acusado não pôde produzir ; declararam absolutamente *inadmisswei* todos os indivíduos nas condições das referidas leis ; depois, fundados também em algumas decisões do direito romano e do direito canônico, nas quais certas testemunhas são indicadas como pouco sólidas, incluíram-nas em uma classe denominada *das suspeitas*. Um tratado especial de *Farinacius* contém a exposição fiel das teorias da época (12).

Mas tarde *Schönböck*, fiel às idéias do seu tempo, sanciona o princípio da obrigação de produzir \* duas ou mesmo três testemunhas capazes para poder haver prova plena testemunhal (13); mas, quando quanto elle na *Bambergueza* (art. 79) (S) se applicasse em definir exactamente as qualidades de uma testemunha capaz, todavia a Carolina (art. 66) satisfaz-se com algumas breves indicações, e não mais se refere ao systema geralmente praticado.

No século 18 a ciência deu mais um passo ; os juristas consultes determinaram as condições da prova testemunhal perfeita ; e, além disso, esforçaram-se em incluir definitivamente as testemunhas em três classes, compreendendo todas sob as denominações de *dassicas*, *suspeitas* e *incapazes*. Quanto às ultimas, a doutrina prohibio ao juiz instructor dar-lhes a menor fé, não deymdo mesmo ser interrogadas ; quanto às suspeitas, o seu depoimento não pôde constituir mais

(11) As opiniões dominantes estão fielmente reunidas por J. Clams, *Sentent.*, g *fin*, *quest.*. 66, n. 3.

(12) *Farinacius*, *Tractat. de Testibus*, Lugduni, 1589,

(13) Art. 67, 69, C. C. C.

(S) Código do Bamberg, intitulado—*Costumes do Bamberg*—Dii Boys. *Histoire du Droit Criminel des Peuples Modernes*.



do que uma simples presumpção. Estes principios domin& nas' leis moderaas da Allemanha.

O codigo austriaco limita-se a indicar em termos geraes as condiçOes da prova testemunhal (14) ; e, sem sujeitar as testemunhas a uma classifieação rigorosa, deixa ao juiz a livre aprecia&ao dos seus depoimentos (15).

A ordenaç&o criminal da Prussia (16) entra em mais minuciosidades. Aponta as testemunhas absolutamente incapazes (17), désigna os individuos que, sem produzirem prova légal plena pelo seu depoimento, podem ser cliamados utilmente a titulo de informantes (18), Mas, entre todas estas prescripçOes, ha mais de uma que se poderia rasoavelmente criticar; tirar toda a força probatoria a tanta gente, por exemple aos depoimentos do genro, do cunhado, é tornar impossivel muitas vezes a manifestação da verdade (19). E depois

(14) God. crim. austr., art. 403.

(15) O art. 403 assim se exprime.... *As relaç&oes p&essoas da tcitermt-nha, ou o conteudo do seu depoimento, n&o devem dar lugar à duvida que diminua a sua veraddade. segundo um juiso impartial...* Todavia ha um ponto sobre o quai o Godigo austriaco mostrou-se mais expli-cito, é quando trata da difficil quest&o do saber, se *as deelarac&es do co-autor do crime pod&fm convencer* (Vide art. 410).

(16) Ord. crim. da Prussia, art. 866.

(17) Nos termos da Oru&n. ha oito causas distyictas de iucapacidade.

(18) O art. 357 aponta dozo causas, pelas quaes n&o se p&de attri-buir prova pleua ao depoimento da testemuha.

(19) O accusado matou sua mitlher em presonça do seu irmão e do irra&o délia, mas aega o crime ; ainda que estas duas tastemunhas afflrmem o facto sob juramento. a. condemnaç&io n&o é possivel. nos termos da lei prussiana.

(que inconsequencia !) considéra a credibilidade da testemunha diminuída por causa da diferença da sua religião (20) ! Finalmente (o que ajuda é maior inconsequencia), este mesmo indivíduo, cujo depoimento a lei repelle, é chamado a depor em certos casos excepcionais, por exemplo, em matéria de alta traição, de traição contra o país etc. e o juiz pôde dar fé ao que elle diz sob juramento (21). É justamente quando se trata de tais crimes, e de todos aquelles em que a liberdade dos cidadãos reclama maiores garantias, que são mais para temer os excessos e os abusos do poder ;, foi neste caso que o legislador se mostrou mais severo em \* aquilatar o crédito \* das testemunhas.

Disposições da mesma natureza não se encontram no systema da prova do código penal bavaro (22) ; mas a obra do legislador também ali foi defeituosa à força de querer prevenir todos os casos possíveis, e formar um corpo completo de regras ; muitas destas regras pela sua geral compreensão pertencem mais ao domínio da doutrina ; e a generalidade dos preceitos, ou nada de novo ensina ao juiz (23), ou difficulta-lhe a sua applicação à causa (24). Pode-se

(30) O art. 357, n. 8, declara que os judeus são testemunhas suspeitas, desde que o delicto dê lugar a uma pena superior a 50 thalers de multa, ou à prisão por seis semanas.

(21) Art. 858.

(22) Vide este Código, 8ª parte, cap. 4.

(28) Assim, diz o art. 237, « que o depoimento, para ter plena força, não deve absolutamente dar lugar a que se desconfie tanto ter a testemunha podido, ou não ter querido dizer a verdade ». Certamente o juiz nada adianta depois de ler este preceito,

(24) Exemplo: resulta do art. 277 comparado com o art. 267 que uma das condições da validade do depoimento testemunhal é que não seja obtido por uma pergunta *insidiosa*. Uma pergunta insidiosa é sempre um pernicioso abuso; mas o mesmo juízo não se deve fazer sempre e necessariamente de toda a qualquer pergunta *capitosa*.

coia razão criticar o código bavarô por ter creado uma multidão de incapacidades em relação ao depoimento teste-munhal (25), e por prender em estreito círculo a livre apreciação do juiz em relação aos depoimentos das testemunhas suspeitas (26). Krra também em admittir a velha e gastá doutrina da meia prova (27), fazendo crer ao juiz que deve submeter a prova a uma espécie de cálculo mat hem a-tico.

Muito diversa theorin rage a prova testemunhal nas legislações que ndmittem a jurisdição popular : nestas nflo ha prencipção em relação as condições da validade desta prova ; nflo ha limitação no número das testemunhas, nom distincção entre as *capaxes* e *assiupeiUu*: sô aos jurados compete decidir, se a accusação é verdadeira ou falsa, nflo sendo obri-gados a dar contas dos seus motivos.

Tal é o espirito gérai da lei franceza. Algumas indica-ções nella se encontrto quanto As condições da validade

(25) Assim o art. 278 déclara incapaz de depôr como testemunha « *todo o indieiduo proccssado por delieto de calwnnia. « que ntto foi ■plendmnte absolvido ou \* aquelle que recebeu alguma cotisa paru depôr* » Em uma ospecio, tratava-se do faner vir a Nuremberg uma toatemunhn résidente na França : a parte tinha interesse capital no seu depoimento, pois que sô ella podia dar certas informações. Prometteu-lho poil **500** florins para a sua viagem e seu *comparecimenlo em juizo*. Mas, conforme a letra do Código. o juiz foi obrigado a pronunciar a incapacidade da teatomunha sô por este facto.

(26) O art. 282 diz que « *O testemunho da parte lesada pelo crime tm pleno valor em relação ao corpo dé delieto ; mai o mesmo Mo acontece em relação d pessoa do delinquente.* » — Assim formulada em regra gérai, esta disposição e demasiadamente severa, como faremos ver mais adiante.

(27) O art. 286 diz que *O depoimento de uma sô testemunha maior de toda a escepção feu meia fxcoca.*

desta prova, masj além de serein summarias, nao se referem sen&o ao processo preparatorio (28) ; e, sobre este ponto, o legislador teria procedido com aeêrto dando mais amplas instrucções ao magistrado preparador» prewenindo-o contra os'numerosos abusos que tiio facilmente sedâono processo preparatorio (29). Na occasiao do-debate publico a lei satisfaz-se em dar ao prêsidente a direcção, do interrogatorio, e deixa à sua prudencia a escolha e ferma das pergun-tas (30). Infelizmente, porém, nao se iguala a posiçap do accusador e do aecusado : o ministerio publico tem o direito de interpellar directamente a testemuuha ; mas o aecusado, ou o seu advogado, n&o pode inquiri-la. senao pelo orgao do prêsidente, de sorte que dèpende deste muitas vezes impedir, ou permittir uma infcerpellação summamente intèressante para o rép. A lei nao décréta a incapacidade ab-soluta de classe alguma em relação ao depoimento teste-munbal ; o que faz é designar algUtnas que nao pôdem depôr perante o tribunal (31) : tambem nao falla em teste-munbas suspeitas, sômmente deixa transpaëcer algumas du-Tidas a réspeito de muitos individuos ; e manda interroga-las sobre estas ou aquellas relações, que, no ponto de vista da lei allemS, as fariam suspeitas (32); finalmente, limita-se a

(28) Codigo de Instr. Crim. art. 71 e seguintes.

(29) E' corrente em França que o interrogatorio das testemunhaa muitas vezes nao é mais do que tûna série de suggestões. H

•<30) Godigo de Instr. Crim., art. 319.

„ (31) Art. 323. Como os mais proximos parentes do accussado» o eon-juge., os denunciante recompensados pela lei.

(32) Art. 817. Pergunta-se-lhes, se sâp parentes do aecusado e em que grão, se estão a, seu serviço etc.. eU#.

chamar a atenção dos jurados sobre certas outras relações, como para dar a medida da confiança, que lhes é devida (33). Tal é também o espírito dos processos escoceses e ingleses; mas o processo inglês, como é sabido, deriva quasi inteiramente da *common law*, que contém um grande número de regras sobre a prova testemunhal, regras, que bera poucos ignorar (34), que os jurados conservam em memória e que applicam tão religiosamente como se o legislador as tivesse escripto. Na Escócia o accusado, ou o seu advogado, tem direito de contestar a admissão das testemunhas, e os jurados, o de apreciar o valor dos seus depoimentos; e dizem os commentadores (35) que algumas vezes é permittido interrogar os menores de 14 annos (36), não obstante prohibir a regra o seu depoimento nos casos ordinarios. O processo approxima-se muito da forma inquisitorial; o ministerio publico ali é encarregado da perseguição directa do crime; a lei não se preoccupa muito com os laços de parentesco entre a testemunha e a parte lesada, por que suppondo-se que esta não obra no seu proprio interesse; quando as testemunhas são parentes proximos do réo, pergunta-se-lhes se querem depôr, e, no caso affirmativo, são ouvidas (38). Quanto ao conjuge, não é permittido cha-

(33) Como, nos termos do art. 323, o denunciante não é recompensado pela lei; o jury não conhecendo a sua qualidade de denunciante.

(34) Vide o art. do autor nos *Nav. Arch. do Dir. crim.* XIII, p. 291.

(35) Vide principalmente Hume, *Commentarios sobre a lei escocesa da matéria criminal*. Vol. II (edição de 1819, p. 328 e seguintes).

(36) Hume. I. c., p. 329.

(37) Hume. p. 339.

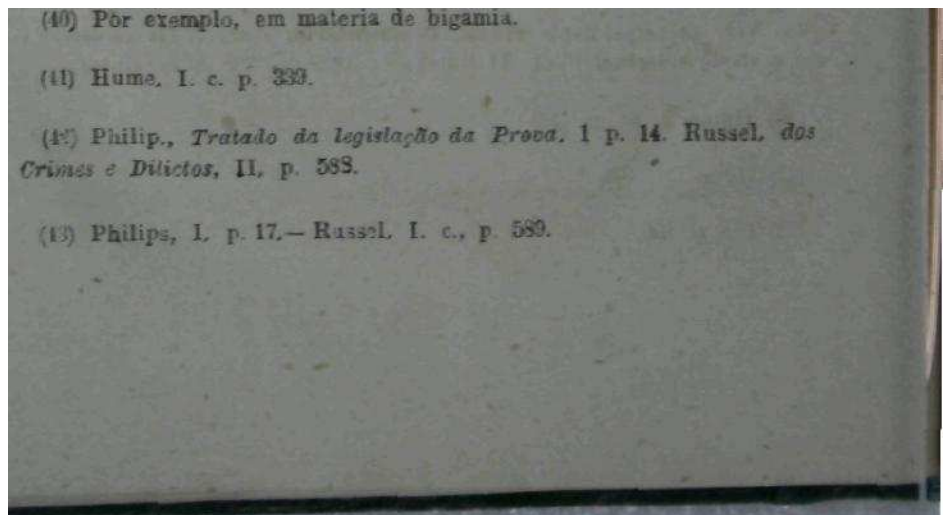
(38) Id, p. 335.  
il.

ma-lo a depôr em vîrfcude dos laços e da affeição eonjtt-| gai (39), ealvo o caso de necessidade absoluta (40). Outra particularidade notavel, mas que se explica pela influencia do direito romano na lei escosseza, é que uma se testemnnha não pode fazer plena prova, salvo se o seu depoimento fôr confirmado pelas circumstancias de causa (41).

Os praxistas ing-lezes (42) distinguera entre a inadmissibilidade absoluta da testemunha (*incompetency of the witness*) e o crédito que lhe é devido (*credibility*). A questão da admissibilidade é materia de direito : donde se segue, que é mister recorrer à *common law* e as regras por ella formuladas sobre a admissão do depoimento ; que se deve examinar logo no principio do processo, se pôde ser ouvida a testemunha apresentada pelo accusador; e finalmente que o juiz , no caso de contestação, decide, ou, no caso de duvida, sujeita o ponto litigioso & decide dos quinze grandes juizes (ont'ora era o sô doze) que decidem de direito. Este facto explica a existencia de uma multidão de decisões nesta materia nas collecções do direito inglez (43). O número das testemunhas não admissíveis vai diminuindo constantemente, e todos os dias ganha terreno a doutrina, que quer dar à prora todas as facilidades possíveis e deixar aos jurados a livre apreciação da sua fidelidade : por isso

09) tt»J. 337.

I



Vemos, que os proprios impubères nao s&ao considerados pela lei ingleza absolutamente inhabeis ao depoimento ; s&ao submettidos a uma especie de exame preliminar ; depojs de reconhecer-se, que elles teui consciencia da gravidade do juramento, idéas sas sobre Deus e sobre a immortalidade da alma, o seu testemunho é admittido e defere-se-lhes juramento, desde que a sua intelligencia se mostra sufficientemente des-eu7olvida (44). Os individuos condemnados por certos crimes (*félonies*) s&ao declarados incapazes (45) ; mas esta incapacidade nao se amplia áquelles, que commetterão delictos simples (*misdemeanors*) (46). O parentesco não é um motivo absoluto de exclus&ao (47) ; sô a mulher (e isto se explica pela idéa ha longo tempo prédominante da sua sujeiç&ao ao poder marital) nao pôde depôr contra seu raarrdo (48), salvo em certos casos especialissimos (49). Competindo ao juiz o illimitado direito de decidir sobre o credito devido ao depoimento testemunbal, a lei ingleza deixou de estabelecer regras a respeito ; nos tratados especiaes sô se en-contr&ao, em muito pequeno número, algumas especies, nas quaes os jurados tiveram de decidir do valor das teste-munhas, que alias deveri&ao ser classificadas entre as sus-peitas ; e a este respeito os autores ensinSo algumas regras

(44) Starkie, *Da Prova*.— II, p, 283.— Russel I. c, p, 590.

(45) Philips. I, p. 27.

(46) Acto do Parlamento de 27 de Junho de 1828.

(47) Philips, p. 46.

(48) Russel, II, p. 604.

(49) Quando por exciplo, soffreu alguitn damno pelo acto de \*u marido.

fundadas no uso, com as quaes os juizes se conformam (por exemplo, no caso em que a testemunha, é co-autora ou complice) (50); Finalmente, a apreciação, que elles tem de fazer, lhes é facilitada pela inquirição (*examination in chief*), que a cada uma das testemunhas faz a parte, que as produz, e pela reinquirição (*cross-examination*) feita pela outra parte, contra quem depoem. Este segundo interrogatorio tende ordinariamente a fazê-las cair em contradição e, por consequencia, a diminuir o valor dos seus depoimentos (51).

## CAPITULO XL.

### ; DO CONSTRANGIMENTO AO DEPOIMENTO.

Todo o cidadão é obrigado a prestar o seu concurso -a bem do Estado ; ora, sendo a perseguição e repressão dos crimes necessarias à manutenção da segurança e da ordem pública, segue-se que o depoimento à requisição do Estado, em materia criminal, constitue um dever cívico (1). Séria assegurar a impunidade de todos-os crimes, recusar ao Estado os meios de promover o depoimento testemunhal, que muitas vezes é o unico meio de constituir a prova requerida. Dahi decorre o direito de obrigar todo o individuo (2),

(50) Philips. I. c. p. 36.

(51) Vide o *Proc. crim. comp.*, t. 2. cap. 155.

(1) Vide o *Proc. crim. comp.*, t. cap. 67.

(2) L. SI § S D.— L. 16, C. de Testibts. — Nov. 90.— Cap. 5 de *Testibus cogendis* (S).

(S) A primeira lei não tem confiança no depoimento de um gladiador. ou pessoa semelhante, o tanto que o majida metter em tormentos.



que recusa absolutamente comparecer, ou explitar-se sobre certas circunstancias', ou prestar juramento. Mas não pôde ser isento do cumprimento deste dever cívico, quer sob o pretexto de que o seu depoimento o poderia prejudicar, quer sob o de ter feito promessa de calar todê, ou parte da verdade, quer sob o de, opiniões moraes e religiosas prohibitivas do juramento (3). Toda a convenção contraria aos deveres sociais é nulla, e as opiniões individuaes jamais poderiam desligar os cidadãos das suas obrigações para com o paiz. Mas a sociedade por sua vez, impoendo taes deveres, não deve promulgar leis positivas contrarias à lei natural, ou a outro dever social ; pois que toda a collisao neste sentido dá necessariamente causa a funestas consequencias. Quando a lei natural esta em flagrante contradicção com a lei positiva, esta com certeza deixa de ser observada : chamai os proximos parentes do accusado a deporem contra elle, e este facto torna-se-ha logo evidente. O legislador faria mal em obrigar-los a fallar, pois

A segunda «regula o caso de sci-om outra vez ou vidas perante a justiça as testemunhas, que antes tinham depositado perante os juizes *compro-missas*. A Nov. 90 contem nos seus 9 capitulos as seguintes regras : 1ª que as testemunhas devem ter a reputação ilibada ; 3ª que os seus depoimentos devem ser escriptos ; 3ª que ao juiz compete o prudente arbitrio de lhes dar em sua consciencia a fé que merecemos ; 4ª que as testemunhas podem ser inquiridas no lugar onde residem, indol depois o seu depoimento para o lugar da causa ; 5ª que os inimigos não podem jurar na causa dos seus inimigos ; 6ª que os mediadores ou conciliadores entre as partes, antes de agitada a causa judicialmente, podem depois jurar, se as partes concordarem ; 7ª que as testemunhas não devem depôr senão em presenca da parte contra quem depõem ; 8ª que os autores, réos e advogados prestem juramento para evitar a fraude. A ultima diz—*si Miter- veritas nequiverit cūci, sunt per censurant ecclesiasticā rompeltēai*.

(3) Bourguignon, *Jurisprudencia*, II. p. 21, 23.

que, collocados entre o seu dever e as suas aflições na-turais mais poderosas, deixariam por causa destas de obedecer àquella e sacrificarão a verdade aos interesses do accusado ; além disso, ainda que a testemunha fosse virtuosa, até ao estoicismo, seria impor-lhe um supplicio real, obriga-la a fallar neste caso ; e os seus concidadãos talvez a censurassem pela infração dos deveres da natureza. Quando o depoimento fosse favorável à defesa, seria pouco decisivo no processo, pois que facilmente se poderia desconfiar terem sido as suas palavras dictadas pela afecção de familia.

Estabelecidos estes principios, vejamos quaes os systemas mais frequentemente seguidos pelo legislador. Algumas vezes (4) este decreta a exclusão absoluta do parente proximo, quer esteja disposto, quer não, a depôr, dominado sempre por uma idéa de ordem publica, que tomou por norma. invariavel. Outras (5), o legislador preoccupa-se de preferencia com a situação penosa da testemunha chamada a depôr ; evita usar de constrangimento e deixa-lhe a opção do silencio ; se ella quer depôr, não pôde queixar-se de ninguem, pois que foi livremente dado o seu depoimento e livremente se obrigou pela juramento a. dizer plena e inteiramente a verdade. Todavia, o mais proximo parentesco é que deve isentar a testemunha da obrigação de depôr (6);

(4) E' o systema da lei franceza, Ood. Instr. crim. art. 822.

(5) E' o systema das legislações allemães, Vide o God. austr. art. 377.— Ord. da Pruss., § 311,— "Lei bavara, art. 211.

(6) L. i. 5. D. *de Testib.*— (S)— Gluck. *Comment.*, II, p. 182— Tittmann, *Manuah*, III Parte, p. 395.

(S) As leis citadas dizem que ninguem pôde ser obrigado a depôr contra seu sogro ou genro padrasto, ou madrastra, primo-irmão ou prima e primo segundo e aquelles, que estão um grão mais proximo ; o liberto do accusado ou de seus filhos, pais, marido, mulher contra aquelle e vice versa ; o noivo da fillm ou da mai é considerado genro ou padrasto.

os laços entre esta e o accusado devem eer tao in-timos, que deein lugar a que a dita obrigação offenda realmente as affeições derivadas do laço natural. Nesta categoria devera ser classfieados os descendentes, os innaos e irmaas e seus filhos (7), os nffins do primeiro grau. Pelo mesmo motivo nella se deve tambem classificar os espo-sos (8). A regra uma vez estabelecida deve ser serapre invariavel ; e é erro grave permittir que ella seja dero-gada no pretendido caso de impossibilidade de procurar-se a» verdade por outra modo (9) : abre-se assim a porta ao arbitrio ; e depois, mesmo neste caso exceptions!, como nos outros, subsistem em toda a sua força as razOes, que se oppOem ao depoimento dos parentes proxtnmos.

As consequencias, que decorrem do conflicto de dous de-veres contrarios, produzem-se com toda a energia nos indi-viduos, para os quaes é um sagrado dever qalar os factos, sobre que são chamados a depôr. Todavia, é mister que eôse sagrado dever seja declarado e reconhecido pela lei positiva; um compromisso voluntario de tal natureza, por exemplo, aquelle pelo quai alguém se comprometteu com o malfeitor a\* guardar segredo sobre 6 seu crime, nao pôde isenta-lo de depôr em juizo ; da mesina sorte, se a lei isentar do depoimento em materia civil, a excepção nao poderá ser ampliada alem dos seus termos ; assim tambem, se o legislador impuser como um dever a algumas pessoas o nao divulgarem a terceiros os segredos, que llie f orao con-fiadôs em razao da sua profissao, d'abi nao se segue que

(7) L. 4.. D. de Teslib. — Strecker, de *Fratre contra Fratrem teste*. Erdord.. 1786.

(8) Vide o *Pntc. crim. contp., h cap.* 67.

(9) Vide C. g e uli., -«te *TesHb.*

oa raedicos \*H(10) tenhño, *de plang*, o direito 'de negareni-se ao depoimento, quand©-;são ci tados para o darem no processo riminal; séria mister que a iseição fosse decretada por lei expressa ; e ha no processo un intéresse da verdade e da ordem :puHica, que préfere, a todas as considerações particulaves.^Mas devera coin razao ser dispensados de depôr : 1\* os advogados e defensores, em relaça àquillo, que oa sens clientes lb.es confiarSo a bem da suadefesa (11) ; 2° ftnccionarios publicos (12), em relacao aos se'gredos do seu cargo, nao os tendo autorizado a depôr «. admistra-ção superior ; d'-finalmente os eccleaiastieos, em relação aosl fncito» constados sob o sigillo da confissao (13). Para os câtholieos, o silencio é inesmo M dever imposto pela lei espirituàl (14) ; s&o sagrados os segredos do confessorio } e se a lei civil obrigasse o confessoï a divulga-los, pro-

(10) Spangenberg na Revistaç editada por Lindej **III** p. 78.

'(li) Vide a Lei bavara de 21 de Jan. **1819**, no Annuario— de Ôœner, I, Pi 97.

,(•18) Ood. da Prussia. \$ SIS.— Ood. bavaro, **art.** 204.

(13) Andréa, *Arch.* «o». ào *Mr. TfHnJ.'*'S, n. 25,. II, n. 6.— Ifculler, *QuestZes de iWrH Ecoles., na sila appHcaçSo d lei de Weitnai*<sup>4</sup>. **Wermar**, 1823, n. 2.— Droste Hulsbof, *Questfies sobre n philosophia do Dir.*, Bonn, 1824, n. é.—T.Hehlein, *de Sigillo cottfessionis*, Heidêlberg, 1828.— Breiger, *do Segredo da confiMstto e do 'Dir. do Soberano*'. Hahover, 1827.— Vide o **Proo. çrliin. comp.**» cap. 67. •

(14) Can. 2., dist. 6, *Pasnit.*— C. 2., 13\* do *Excessibus praelator.*—C, 2, do *Offre, judic. ordinar.*, C. 12, *Pœnit.* (S).

(S) As leis da Igreja são unanimes em proclamarem a jnviolabili-do segredo da confissao. O quarto concilio do LatrSo o declarori ãnyio-lavel em todos os casos e sem excepção alguma.

reestabeleceria a sua completa violação ; obrigaria o sacerdote a cometer um delicto ecclesiastico sujeito a uma pena severa ; e finalmente desferiria completamente a instituição da confissão (15) ; com effeito o que leva a maior parte das consciências culpadas a serem francas, é saberem que um religioso silencio é imposto ao sacerdote por uma lei, que ninguém pôde força-lo a infringir. Em relação, pois, a tal personagem o principio não soffre excepção alguma (16) ; querer abrir alguma, é edificar em terreno fôfo ; é dar ao juiz uma faculdade, que poderia degenerar em arbitrio e minar os fundamentos da confissão. Supponhamos que o legislador obriga o sacerdote a depôr nas causas que interessam a salvação do Estado : neste caso deverá ser decidida a questão prejudicial de saber em que casos se pôde considerá-la compromettida. Si se julga que o padre deve depôr, porque pôde salvar uma innocente victima de uma grave accusação, o inquisidor, todas as vezes que prender um individuo, julgar-se-ha logo autorizado a exigir o depoimento daquelle, presumindo que o accusado a elle

(13) As leis romanas também isentavam o confessor. Vide o Cod. il a Prussia, § 313.— Cod. bav., art. 304.— Em relação à França e a Inglaterra vide o *Froc. crim. comp.*, 67. (Em relação à França, veja-se o art. 378, do Cod. Peu., o estudem-se as consequências, que délie de<sup>1</sup> dusirão a doutrina e a jurisprudencia, consequências muitas vezes amplissimas, e nem sempre uniformément?, admittidas.— Vide Chauveau et Helie, *Theoria do Cod. Pen*, VI, cap. 58, p. 517.— Legraverend, t. I. cap. 6, § 3).  
(X. d. T. F.)

(16) Vide a dissertação do autor nos *Arch. do DiV. Ci'im.* VIII, p. 11.— Vide ainda Falc, *Gtueta juridica d'Elver*, 1829. n. 88.— Lippert, *Annaes do Dir. ecclesiastico*. 1º liv., p. 36.— (Sobre a questão dos crimes contra o Estado e o principe, vide os art 103, 104, 105, 106, 107 do Col. pen. francez de 1810, abrogados pela lei de 1832.— Vide também Legraverend, t. I p. 239, rtip. fi, III g 2)  
H. V. d. T. F.)

se confessou ha pouco tempo ; sô verâ nisto om meio mais simples e mais rapido de aaber, se o accusado é ou nao o autor do facto. Quanto aos protestautea, uûo estau-do sugeitos como os cathoiiéos a confiss&o auricular, e aos regiméntos ecclesiasticos, o silencio nao lhes é presw cripto por texto algum positivo ; por isso, duvidou-se allumas vezes que pudessem ser dispensados do depoimento; mas para concluir que tambem o pastor protestante tem uma obrig-açJto natural (18) poderosa de guardâr segredo, basta reflectir que o peccador, quando vai procura? o ministro protestante, para lhe abrir a consciencia e pedir-lhe consolaçOes puramente espirituaes, tem principal mente por mobil a segurança de uma discripção inviolavel e pro-fessional. O poder deve sem duvida permittir que os fiéis possam com toda a segurança ir procurai" ao lado do pastor o allivio moral, que a religiao lhes offerece : ora obrigar o pastor a depôr sobre factos, que sô lhe forao revelados sob a fé de uma confissao religiosa, séria destruir logo toda a conflança de que ha mister o seu character (S).

## CAPITULO XLI.

DA. FB QUE MERECEM AS TESTEMTJNHAP. •— DOS Sfius DIVERSOS GRAOS, E MAIS ESPECIALMENTE BAS TESTEMUNHAS DENOMINADAS INCAPAZES.

A força probatoria do testemunho tem por origem a presumpção de que, o que o dâ, exactamente observou e quiz

(17) Garpsow, *Jurispmidcntia eccles.* Hv 3, de (In, 25, n. 8.

(18) Gluck, *Commentarios*, XXII, p. 171,

(S) Entre nos as testemunhas sâ'o obrigaclas a comparecer emjulzo sem que em contrario possam aliegar privilegio algum sob pena de serem conduzidas debaixo de vai-a e de desobediência, tendo sido eifca-das, « não havendo motivo iustifcado, Cod! Proc. art. 85 e 95.

dizer a verdade : esta presumpção, ou apparece véhémente na causa, ou fraca : para o juiz toda a questao consiste nisto. Para resolver questao tao delicada, é-lhe mister examinaí' com cuidado e inteiramente a individualidade da tes-temuha, comparar as suas qualidades physicas e moraes com a sua postura e suas palavras perante justiça, e affiial decidir, se merece fé e até que ponto. A lei tambem pôde perfeitamente determinar o valor, que certas qualidades pes-soaes dao ao seu testemunho ; en tao estatue para o juiz uma especie de theoria légal da prova : outras vezes, fundado na experiencia quotidiana da vida privada, o legislador desco-bre possibilidade de graves perigos nas qualidades de outra ordem ; prohibe que uma condemnação possa basear-se no depoimento desta ou daquella testemunha ; e, com receio de comproinetter a innoceucia, déclara insufficiente para fazer prova plena o depoimento de todos aquelles, nos quaes se manifestarem estas particularidades. O seu depoimento jamais pôde autorisai- uma sentença affirmativa ; e é sômte como *informantes* que o juiz os pôde ouvir (1) ; militas vezes são uteis p orque daolugar a outra prova mais perfeita, ou porque auxilião a firmar com precisao os caractères do corpo de dolicto. Não se deve coufundir com estas as testemunhas *suspeitas* (2), isto é, aquiellas que receia-se não poderem, ou nao quererem dizer a verdade : o seu depoimento, ainda que insufficiente e recusavel em thèse, pôde entretanto algumas vezes, em virtude das circumstancias que por ventura lhe dêem mais fé, arrastar a decisao do juiz. A suspeição, em

(1) Pfister, *Causas crim.*, p. 43.—Tittmann, *Manuah* III, p. 390.—Cod. prus. § 357 e Cod. bav., art. 85,—Vide o *Proe. crim. comp.*, I, cap, 95.

(2) Tittmann, I, e., § 833.—Vide o *Proe. crim. comp.*, II, cap. ICO le 170.

géral, resulta de uma possibilidade *in abstracto*, que, em cãea especie (*in concreto*), nao impede a intervençao de outras cõsiderações nao menos graves ; é mister pesa-las e comparà-las entre si ; e é só depois de maduro exame que o juiz décide, se na causa a testemunha dà ou nao as necessarias garantias de veracidade.

É muito conveiente nao augmentai\* de mais a lista das incapazes : o legislador, que assim procède, commette, como já dissemos, um er.ro gravissimo ; priva-se de muitos meios de manifestação da yerdade : a maior parte dos individuos incluídos nesta categoria são simplesmente suspeitas, isto é, testemunhas 'das quaes se pôde receiar uma mentira,- ou um erro possivel, mas cuja veracidade poderia na occasiao ser corroborada pelas circumstancias. Lembraremos ainda que nao se deve applicar ao direito moderno '(direito commum da Allemanha ou outro qualquer) muitas disposiçOes da lei romana, que rejeitavao o testemunho de certos individuos, que nao podem lioje ser considerados incapazes no sentido em que tomamos o vocabulo. Em primeiro lugar, séria perigoso adaptai\* ao processo inquisitorial as regras do processo accusatorio puro (vide acima, cap. 39). Além disso, a lei romana nao distinguio entre as testemunhas incapazes e as suspeitas; por isso, vê-se-a repellir absolutamente esta ou aquella testemunha, que nos limitariamos a incluir na classe das suspeitas : finalmente, nao se deve esquecer que em Roma o processo nao era regulamentado por um codigo géral, e que muitos dos textos em questao nao se referiao senão à lei (*Ux*) especial, que encarregava a uma commissao (*quæslio*) o julgamento de um crime ; portante, erraria quem supposesse ver ahi as regras geraes applicaveis em todos os processus.

A incapacidade, segundo nos parece, nao pôde provir senão de três causas principaes. Ella existe quando :



1.º Ha para o juiz certeza de que a testemunha não podia ter observado os factos por carecer absolutamente das faculdades necessárias a esta observação ;

2.º Quando é muito provável que a testemunha não fallará no interesse da verdade por causa da sua posição no negocio, representando, por assim dizer, um papel de accusador ; H

3º Finalmente, quando a incapacidade é -decretada expressamente pela lei penal.

Pertence à primeira categoria :

a). A incapacidade das crianças (3). Por maior que seja o valor que se de à sua candura, as suas ingenuas palavras, que, sem calcular as consequências, são expressões o que realmente cabio sob os seus sentidos (4), o legislador deverá recear da leviandade natural do seu espirito, da falta dos "seus meios de observação, do seu habito de serem as cousas superficialmente e de contentarem-se com a primeira impressão ; e finalmente, uma consideração das mais fortes o fará recuar, é a experiência tão frequente de que a sua jovem imaginação mistura sempre imagens erroneas com as observações reais (5). A incapacidade das crianças, em relação à prova testemunhal, é principio reconhecido ao menos no direito communi

(3) Qaistorp. *Principios*. § 638.—Titfcmatm, 1. C, HT, p.( 516.

(4) Como sustemla Sodcn, *Espirito da Icgisl. crim.*. Parte % g 602.

(5) L. 9, § 5.—L. 19, § 1, D. *de Testib.* (S) Gluck. *Comment.*, XXII, p, 443..

(S) A. primeira lei dit, em gérai, que ha pessoas que não podem depôr por causa da fraqueza do seu juizo. A sognnda isenta os pupillos.

e las legislações particular.es da Allemanlia (6) ; quanto es legislações que admitfem o jury, é exacto que ellas previnem mais a variedade infir.ita das causas criminaes ; além disso acontece frequentemente que a prova do delicto nao pôde fazer-se seufto com o auxilio das crianças, por exemple, quando ellas forao o objecto directo (7) ; e | destes delictos precisamente querem assegurar a punição. E' por isso que na Inglaterra (8) as crianças podem ser ouvidas como testemunhas, competindo ao juiz o direito de apreciar o valor do testemunho. Na França, acontece a mestna cousa com a distincção, porém, que os meninos menores de 15 annos nao podem ser ouvidos, senao *por forma de declwação e sera juramenio* (9)..

Na Allemanlia tambem, onde conforme o direito commum a criança é incapaz, a restricção nao podia durar tanto quanto dura a menoridade. Certamente a lei nao vai até ao ponto de dizer, que os menores pubères deporão sob juramento, poisque,

(0) Cod. bav, art. 278.

(7) Exempta : Houve attentado contra o pudor da'parto de uni preceptor sobre os seus dicipulos.

(8) Vid<sup>a</sup> achiia cap. 39, nota 44

(9) Ood. Instr. Criui. franc, art. 73 — (Ooino so vé, pois» não ha na França, propriamente fallando, a distincção de testemunhas, eaj *sus-peitas e incapases*. Toiavia podem ser, ou maiores de toda a exeeption, ou defeituosas. Entre estas soinente algumas não podem depôr senão a titulo de informantes, como os menores de 15 annos, os con-demriados a penas afflictivas e infamantes, e algumas vezes a penas cor-reccionaos, arts. 28, Si, 4, Ood. Pen., e alguns ra lis : as outras podem prestar juramento. competindo ao juiz o direito de apreciar o valor do seu depoimento. *Incapaz* absolutaraente talvez não seja senão a *parte civil*, o que se conoel)3, porque *accusa*. Todavla. as divisões e cateçroruvs traça las polo autor sjo utois na pr.ilic». {Nota de T. F.)

as mais à as **vexes**, Biles nũo possuem a madurez de intelligencia necessaria para apreeiar a gravidade de uni tal acto, ou as consequencias de um depolmento falso: a regra deve fier, que toda a testemunha, que nao tirar chegado à maioridade para o j uramento, nao pôde depôr senao por forma de declaração, e pertenee à classe das suspeitas. Mas quai sera a idade desta maioridade ? Neste ponto ha grande divergencia lias leis. Nos termos do direito commum é a idade de 14 annos ; certas legislações particulares a fixao em 16 ou a 18 amios (10). Final mente, o melhor séria nao considé r esta senao como uma *queatão de facto*, cuja solucao varia conforme os individuos aos quaes se applica. Ha pubères de 14 annos, nos quaes o espirito e o sentimento religioso se mostrao sufficientemente desenvolvidos, e dos quaes se pôde esperar com toda a confiança um depoimento completamente veridico.

Erra, pois, o legislador em fixar, por uma regra absolut», a idade que deve servir de ponto de partida para se julgar da aptidaj) da testemunha : esta idade nem sempre é a mesma em todos os individuos. Ora, como o juiz, que sô de passagem vê a testemunha, nao pôde verificar, se ella tem a madurez de espirito sufficiente, séria talvez util, sujeita-la, antes do interrogatorio a uma especie de exame preliminar, ou que o tribunal ottvisse o sacerdote de quem dépende na ordem espiritual, os seus parentes, o seu tutor, e lhes perguntasse se haveria inconveniente em deferir-lhe j uramento (11). No direito commum parece, à primeira vista, que um menor de 20 annos nao pôde ser teste-

(10) Nos termos do Cod. austr., art. 031, e do Cod prus. g 357, em 11 annos.

(11) A: nova Or<1. badeza do proc. civ» § 621, exige este exame preliminar pira tolas as test^miinhas de 11 a 10 annos de idade.

muuha compléta: a Ici roinana dizia-o foYinalmente (L. 20 D. *de Testeb.*) (S), e o art. G6 da Carolina.,(12) p?.-rece ter adoptado o nxesuio systema ; nias, cooio já dis-' semos, é perigoso fazer inferencias dos textos de leis isoladas e especiaes que se encontrao no Digesto. O di-reito canonico diminuio a idade da maioridade para o juramento ;e, defeito, ningueni pôde affirmar que se nao possadar, com menos de 23 annos, todas as garanties de um testemunho fundado na sa. observação das cousas e per-teitainente veridico nos terinos. Além disso, note-se, que a Carolina não reprodusio a limitação da idade fixada pela *Bamberguesa*, e por isso, com razão se pôde sus-tentar, que ella não quiz ligar o juiz, como esta o havia feito. Se assim não fosse, de via concluir eutão que tambem as mulheres não podem depôr (13). Finalinente, esta mesma lei décréta m *fine*, que os menores podem ser chamados em certos casos (14).

Se a testemunha, na época do depoimento, é maior para o juramento, mas os factos, sobre que depoe, sao anteriores à sua maioridade, as no vas lois sao acordes (15)

S) A lei diz, qao o accusa lof não polori citar, para depôr, o menor de 20 annos.

(12) Assim S3 décide interproiando-a polo art. G3 da *Jlamberguesa*, fonte primitiva da Carolina. como se sibe. (Esta diz simplesmente : são testeinnnlias *sufflcientes* as que nto tem nota ' cB infamia, ou *aquellas contra as quaes não se pôd-*; teoantar unia *rèprova légal*. O art. 70 da *Bamberguesa* navra accréscenta-Io : Não *podem ser tes? temunhas os que tem nota ds infamia, os menores de 30 annos e as mulheres ; entretanto em certos casos os menores e as mulheres podem ser. ouvidos*, (N. T. F.)

(13 e 14) Vide o art. 76, nota précédente.

(15) Col. D-TV., art. 281.—Strecker, *di Qualitate tislím. ad crimsn •probanâ.*, % 8.—Tittnmn, *Manual*, ITT, p, lin.

em dar completo valor ao seu testemunho, em reldção aa poder do juramento e & probabilidade de conhecer elle a importniicia das suas palavras e de ter *quando* dizer a verdade ; mas resta resolver um ponto muito de-licado : o juiz pôde receiar que, sendo ainda menor no momeuto em que acontecerao os factos, nao os tivesse observado com a necessaria attenção, ou que, no intervalle), as recordaçOes da realidade fossem alteradas pelas illusOes da sua imaginação.

b.) São também incapazes : os insensatos, os idiotas, os loucos furiosos, quando na occasiao 4<sup>e</sup> seu depoimento, ou na época em que os factos acontecerao, estavam sob a influencia da sua enfermidade mental. Quando ha lucidos intervallos, quer na época dos acontecimentos, objecto do debate, quer na occasiao do depoimento da testemunha, o juiz deve mostrar-se muito circumspecto ; pôde ser iludido por uma lucidez apparente, e a molestia, nao obstanté nao se manifestar por accessos violentas, pôde continuar a infiur iateriormente e a imprimir direcção completamente erronea aos orgaos do espirito ; ueste caso nao se pôde ter fê na observação exacta dos factos e em um depoimento correspondente (16.)

• c) Deve ser declarado incapaz aquelle a quem falta o sentido precisamente neceasario para a observação dos factos ;

'd.) Aquelle que "não pôde exprimir claramente as suas idéas verbâlmehte, ou por escripto ; usando de signaes, d^vem 'estes ser interpretados ; e a interpretação pôde ser facilmente fallaz (17);

(16) À experiencia demonstra que nestes prétendidos instantes lucidos as image ns creadas pela môiestia do espirito misturSo-se sempre com os factos realmente observados.

(17) Doncle se sague que o depoimento de um surdo-mudo, que nao sabe escrever, darâ sempre lugar a difficuldodes e a duvidas.

I • .                      u.    lô.

e) O que falla em propria causa (18) : mas, comp se verâ mais adiante, nao sedeve incluir nesta categoria a victima do delicto. Aléra disso, convém transportar in-teiramente para o processo criminal o principio em vigor *Tap* direito civil, que niuguem pôde ser testemuuba em causa propria: em materia criminal a pena, que é de-cretada por causa do intéresse publico, nao aproveita divectamente à parte ; sô indirectamente pôde para ella resultar d'ahi yantagem, é quando pede a satisfacao do damno causado pelo delicto, apoiando o seu pedido em uina condemnaças pénal anterior. Portante, o testemunho da victima do delicto deve ser tomado em consideracao e pcsado conforme o seu yalor intrinseco, ou conforme a» regras applicaveis as testemunhas simplesmente sus-peitas ;

f) A doutrina classifica ordinariamente entre as inca-pazes as testemunhas peitadas (19). Esta classificacao nao é exacta, sehdo tomada em um sentido demasiadamente absoluto. Do facto de ter um individuo recebido dinheiro,

C18; L. 10, D.~ L. 10. Cod. de *Testibus*.— L. \. g II. D. *Quando appell.*  
(S) Layritz, *de Test, in sua causa*, 'Bar ut h, 1705.

(S) Na primeira lei Pompôtião firma a regi'a *nullus idoneus in Tt\ sua intelligitw*. Na segunda os imperadores Hoorio e Theodosio entre as condjções para a admiasSo das testemunhas incluem a de nSo ser a testemunha interessada np negocio *si soeii et participes criminis non dicantnr*.— A ultima define o que é causa propria : *eujus emolumentum, vel damnum ad aliquem suonomine pertinet*.

(19) L. 3, g 5, D. *de Testib*. C. C- C, art. 64.— O Codlgo pruss., j art. 856. n. 5, déclara incapaz toda a testemunha que tiver recebido dinheiro ou quaesquer vantagens para depor, '

(SJ Vida noti (S) & nota 5 do cap. 39.

ou promessas (20), para depôr ou nso depôr, nao se segue necessariamente que elle seja peitado. Se assira fosse, deveria'ser repellida a testemuoha que, tendo de fazer uma longa viagem, ou de vencer graves obstaculos para comparecer em juizo, tivesse recebido da parte do autor ou da familia do accusado uma indemnisaç5o pecuniaria ; deveria ser tambem repellido aquelle que nao tivesse bruscameute recusado as offertas, mesmo protestaudo nao mentir à sua consciencia'(2L). Finalmente a corruoçao sô tira o credito as testemunbas, quando as circumstancias vem demonstrar que as promessas as determinarao ao falso testemunbo ; mas neste caso a promessa deve ser feita sob a condiçao de um depoimento, concebido neste ou naquelle sentido, de uma falsa declaração, etc. ; e a testemunba deve comprometter-se a declarar o que lbe é ordenado (22.)

g.) Sao ainda incapazes :

O morto civil (23) (S), que fica privado de todos os direitos civis, e que certas legislações considerao como morto pbysicamente.

(20) O ood. bav., art. 278, u, 7,'assiin diapôe e nos mesuios termos do nosso teKto.

(21) Gmeliu, *da Justiça criminal non pequenos Estados*, p. 210,

(22) Globig, *TheoHa das Prabalidades. U parte*, p. 135.— Tittmam» |8- part\*. 532.

(23) Cod. bar., art. 278, n. 5.— Cod. da instr. criui. p., art. 28,84,42.

(S) Entre nos nao ha pena alguma que prive o eondemoadado do todos 08 direitos civis. Felizmente é hoje geralmente reconhecido (aalvo alguma opinião excentrica) que não temos morte civil, ou servidâu da pena. No Ood. do Proc., i^rt. 89, não se falla nessa incapacidade. Vide *Conçoit das Leis*, nota 3 ao art. 993 § 5"

h.) Os que forao condemnados a uma pena infamante (o que é\* quasi geralmente admittido) (24) ; algumas vezes a incapacidade se amplia a certos accusados ainda nao absolvidos (25). Mas se é exacto, em thèse gérai, dizer que os crimes destas testemunhas manifestao uma pro-funda immoralidade e as tornao indignas de fé ; e que a condemnaçSo baseada sômente no depoimento de uma testemunha desta ordem ofifende vivamente a opiniao publica.; é tambem verdade, que sería ir longe de mais considerar absolutamente incapaz de eer testemunha todo o indiyiduo condemnado a qualquer pena infamante : n&o esqueçamos que a quest&o se reduz a isto ; pdde-se, na especie, esperar da testemunna a firme vontade de ser verdadeira ? Ora, do facto de ter outr'ora commettido um crime, e por mais severa que fosse a pena, segue-se necessariamente nao ter ella actualmente a vontade de dizer a verdade? Certos delictos s6 constituem infracçOes â leis puramente ci vis e arbitrarías (26) ; um intervallo quasi invisivel sépara o acto licito do acto prohibido (27) ; e da condemnação que o juiz tiver pronunciado, muitas vezes a seu pesar, nao se pôde de modo algum concluir, que a testemunha'nao esta disposta a dizer a verdade.

(24) Quigtorp. *Prineipios*, § 619.— Ord. cri m. pruss., art. 356, n. 7.— God. bav. art. 278, n. 6; nos tormos destê artigo são ineapazes do depoimento *aqwlles que fûrSo condemnados por delicto de calumnia, falso testemunho on perjurio*.

(25) Vide por exempta,» o God. bav. art. 278 n. 6.

(•}&) Por exeaaplo : as contravençSôs em materia de alfandegas. o facto de nao ter denunciado este ou aquelle crime.

(37) Roferlmo-nos aqui a grande número de delictos politicos.



Ha outras crimes (28), cuja causa unica foi o acesso de uma colera suinta, mas nos guaes nao houve depravaçao do senso moral ; o juiz, ainda que os puua, não| pôde com fundamento acreditar nesta depravação : o condemnado deve querer, esforçando-se em emendar-se, re-couquistar a estima, que os seus concidadaos nao ppdem recusar a uma vida sem mancha; e deverá certamente fallar conforme a sua consciencia no dia em que vir (30) todos os olhos fixos sobre elle, podendo, além disso, sar| facilmente descoberto o perjurio.

Sob um outro ponto de vista, deve-se considerar uma medida prejudicial a todos os cidadaoa, mais do que ao condemnado, deduzir a iucapacidade absoluta da pena criminal ; é privar muitas vezes a parte interessada de uma testemunha importante, com cujo depoimento con-tava.— Portanto, o legislador erra estabelecendo, em regra gérai, a incapacidade tao rigorosa résultante da condem-nação a uma pena infamante (31) ; s6 a<sup>s</sup> circunstancias da causa podem fazer decidir dessa incapacidade, e s<5 ao juiz compete pronunciar sobre a questao de saber, se uma testemunha, nesta situação, deve ser repellida como incapaz, ou admittida sob réservas como suspeita, ou ad-mittida como perfeitamente veridica. Podera-se apresentar

(^8) Por exemplo- os fcirimentos sem intençSo de matar, mas pro-daziado a morte; os feitos em uma rixa, ou tumulto.

(29) Um menor de 15 ami os foi condemnado, e por crime para o quai tinha sido arrastado por um instigador: depois a sua conducta foi exemplar.

(30) Bentham, *Tratado dag provas*, II, p. 147.

(81) Vide o art. do autor, *Annuarios do prtte. erim. ao Zwrhein* t. n. % p. 20-1, on-lo esta doutrininn esta mais amplamonte dosenvolvvida.

como objecções os delictos especiaes (32), como a calúnia, o perjúrio, etc., nos quaes ordinariamente se manifesta a ausencia total de lealdade e de principios moraes e religiosos : ao mehos aqui a regra poderia justificar-se à primeira vista (33) : mas, mesmô quanto a estes delictos, deve-se vêr em que circumstancias forao commettidos ; se ha muito que" o forao ; se o culpado deu decisivas provas de emenda ; se tornou a conquistar a confiança dos seus concidadãos ; poisque entao realmente o juiz nao deverá., em these absoluta, declarar o seu depoimento in-digno de crédito.

Entre os Romanos, em cuja legislaçao se vai frequentemente buscar argumentes a favor da theoria, que combatemos (34), a infamia [*infamia*] nao produzia a incapacidade absoluta ; e além disso, nao se fazia distincção, como entre nos actualmente, entre as testemunhas incapazes e as simplesmente suspeitas. Quanto ao direito canonico (35), nada se pôde concluir ; porque, se repellia, em principio, o testemunho de individuos precedentemente condemnados por perjúrio, ou por crime

(32) Hagomam, *Questões praticas*, 6ª parte; p. 271.— Tittuiam *Manual*, XX111, p. 512.

(33) A mesma cousa se deve dizer da denuncia calumniosa e da bancarrota fraudulenta,

(34) Vide todavia Marczoll, da *Honra civil*.— Mas vide tambem o meu artigo citado na nota 31.— Vide L. 8, § 5. D. *Testants*.— L. 13 D. *eod. tit.* (S). (A. loi 13 é notavel : em algumas linhas de admiravel bono senso Papiniano enuncia toda a theoria sogntia polo autor) (N- T. F.J

(S) Vide as notas (è) à nota 19 deste cap. e a nota 5 do cap. 39.

(83)0. 54 X, *de Testib.*

BAS TESTEMCNHAS SUSPKITAS.

As razões de duvidar da fé dévida as testemunhas são :  
1º o vício ou fraqueza dos órgãos necessários para a observação exacta dos factos, por exemplo, a vista curta da testemunha no caso era que esta estivesse distante da scena ;

2º A fraqueza das faculdades intellectuaes: deve-se estar inteiramente sã de espirito para poder-se observar fielmente certos factos ; e uma testemunha meio idiota, ou cuja intelligencia esta abaixo da ordinaria, não pôde produzir plena fé ;

3º O estado anormal em que se achava a testemunha no momento do facto, por estar vivamente affectada a sua

(36) Vide o art' j b eitado em a nota 81. «

faculdade de observação (1) ; ou porque este estado faz supor não poder a sua memória lembrar-se exactamente dos factos (2) ; "

3º *bis*. Mas a causa mais grave de suspeição resulta do interesse que pôde ter a testemunha na decisão do processo, interesse capaz de leva-la a faltar a verdade. Assim são suspeitos : a) aquelles aos quaes pôde pessoal mente aproveitar que a sentença seja dada neste ou naquella sentido (3) ; b) aquelles que tiverá aceitado uma recompensa ou promessa para dar um depoimento insinuado pre-viamente; c) finalmente a parte lesada, mas é difficil ,e importante determinar até que ponto pôde ser crida até que ponto é suspeita (4) No direito commum da Alemanha se acha uma disposição a respeito : a declaração da parte lesada podia dar lugar á tortura. E' certo, que, no momento em que o delicto veio offende-lo, o queixoso não podia ter conservado toda a sua calma, e que mais de uma circumstancia accessoria podia ter-lhe escapado ; e tambem é certo, que a paixão ou o interesse que se pôde ter em fazer declarar o accusado culpado, são muitas

(1) Por exemplo a testemunha tinha bebido de mais.

(2) Exemplo : a idade avançada da testemunha. Cod. bar, art. 280, n. 1.

(3) Por exemplo, no caso de ser a testemunha obrigada á indemnização do danino. se o reo for condemnado.

(4) Art. 25, n.6,-C- C. C—Sobre o testemunho da parte lesada, ■vide tambem Quistorp, *Privndpios*, g 623.—Vornhrr, *Observ. forens*, p. 2. Obser. -438.—Harl. *Arch. geraes da sciência polit ira*, 1827» n. 2, p. 84.—Vide o *Proc. crim. comp.* cap. 170.—O cod. bav. art. 382, da plena força a este testemunho, mas somente sobre o facto do delicto, do qual foi victima o depoente e não em relação & pessoa do agente,

Tdzea bâclante fortes para arrastar a mentira. Também ha homens, que pretendem eer victimas de um delicto corn o unico fini de obter uma vantagem, ou encobrir o sou proprio crime (5) ; finalmente, pode-se de boa fê, em vir-' tude de um erro, suppor-se lesado por um delicto imaginario (6). De tudo isto résulta, que a declaraç&o da parte lesada pôde ser inquinada de suspeição ;mas deve-se concluir d'abi que em caso algum possa merecer credito ? Certamente nao. Si se trata de ùm delicto contra a propria pessoa do queixoso (7), pode-se dizer, como já dissemos, que o depoente, em relação as diversas circunstancias de facto, nao merece pleno e inteiro credito, quer porque ha certas minuciosidades, que podiao facilmente e deviao ter-lhe escapade (8), quer porque elle acredita ter reconhecido o criminoso (9) somente por certas particularidades delicadas (10). Si se tracta de um delicto contra a propriedade, as difficuldades desaparecem, ou tornao-se menores em relação

(5) Exeffiplo: um depositario subtrahe o objecto que lhe foi conflado, e depts vem dizer que foi roubado.

(6) Acontece frequentemente esquecermo-nos de um objecto MB um lugar, e acreditarmos depois flrmemeate ter elle desaparecido por uma subtração frauduleuta:

(7) Exemplo : ferimentos voluntarios. '

(8) Exemplo.' quai era a posição do âge n te; que gestos ou démon s- Ltrações fez?

(9) Convem tambem ver em que momento foi o crime commettido : se foi durante o diaj o erro era mais dimeil. Se decorreo algum tempo para ser coneummadd era mais facil ao depoente reconhecer o agente no intervallo.

(10)Sera sempre coi veniente veriflenr, se o individuo designado como o autor do crime é \ sjsoalmente ooniieido do depoente. se este podia ou nSo ter-se facilmei le enganado, on se désigna pessoa dello pouco conhecida, e que nerw ton distingua`.

à indicação, não do agente, mas do corpo de delicto, sobretudo quando a lealdade conhecida da pessoa lesada, ou as circunstâncias especiais do facto (11) não permitem supôr ter elle aliado falsamente um crime, com vistas de auferir vantagens, Iremos mais longe : mesmo em relação ao ageite o déclarante -pôde ser crido, quando para este não ha vantagem em que seja condemnado precisamente o indiciado (12) ;

4.º O denunciante é testemunha suspeita (13). E' evidente que fará todos os esforços para sustentar a\* sua denuncia e demonstrar a sua sinceridade ; porque deve temer as penas decretadas contra a calúnia. E demais, o facto de denunciar um concidadão é um acto insolite, e que desperta logo as susceptibilidades do juiz; muitas vezes não é um jnotivo nobre, uma razão de interesse publico que o guia (14) ; e sentimo-nos levados a vêr no seu procedimento o resultado somente do odio ou de um interesse privado sordido. — Mas tudo isso só prova que deve ser cuidadosamente pesado o depoimento do denunciante (15) ;

(11) Exemplo : outras testemunhas virão a parte lesada collocar o objecto em um lugar ; e accrescentSo que pouco depois desaparecera o dito objecto no entanto que o proprietario ahi não voltára. .

(12) Exemplo : a somma furtada foi restituída por um desconhecido.

(13) Quistorp, *Observações jurídicas*, I, p. 226.— Kleinachrod, *Tratado do direito penal*, 1ª Parte, n. 6.— Rauff, *Da Prova* g 85.

(il) Para representai\* o papel de denunciante perante a opinião publica, que se révolta contra os denunciantes, é preciso fazer esforço violenta, e céder a motivos extraordinarios e muito fortes.

(15) Orden. crim. da Pruss., art. 357, n. 7.— Cod. Bav: art. 283— Nos termos deste ultimo artigo « é testemunha perfeita, quem, em virtude do seu cargo » é obrigado a denunciar o crime, e quem não pade ter motivo algum de parcialidade ou de interesse pessoal no exito do processo.

quando a denuncia é dada por um magistrado em virtude das suas funções, o seu procedimento parece natural, e, longe de ser attribuido a um motivo pouco louvavel, é considerado somente como o cumprimento de um dever. Mas, quando a denuncia é dada por um denunciante, que tem em vista uma recompensa pecuniaria, surgem logo sérias duvidas contra a sua veracidade, e desconfia-se que o seu testemunho não é mais do que o resultado da ambição (16). Removidas estas dificuldades, convem examinar, se o depoimento só se refere ao facto do delicto sem designação do agente, ou se este é nominalmente indicado. No primeiro caso pode-se ter fê na testemunha ; no segundo, é mister ainda ver quaes as relações existentes entre ella e o accusado, se erao inimigos, ou se, pelo contrario, essas relações erao de natureza a obstar a denuncia (17).

5." O depoimento do cúmplice apresenta também graves dificuldades. Aquelle que, segundo a sua propria confissão, manchou a sua vida por um crime, não tem mais o direito de ser acreditado no seu depoimento como um bom-raem, cuja vida tivesse sido sempre pura (18). Além disso, é natural que o cúmplice queira fazer recahir sobre o

(16) Strecker, *De Qualit. testium ad proband. crim.*, § 8.— Tittmann, *Manual* III, p. 518.— (O art. 383 do Cod. instr. crim. franc, classifica o denunciante, cuja denuncia é reconpensada pecuniariamente pela lei, entre as pessoas que não podem depor ; todavia, quando as partes não se oppõem; a sua audiencia, esta não constitue nullidade.) (JV. T. F.)

(17) A. denunci da parte de certas pessoas admira sempre» por exemplo, da mulher com o seu marido. Em tal caso é necessario, que o odio ou outras paixões violentas tenham vencido os motivos» que, alias, devia fazer coí que a testemunha não revelasse o crime.

(18) Art. 31 C. O. G. rompnado com a L. 16, D. de Quces., L. II, Cod. de Accus., 10 W X, de Prolmt,

co-autor do delicto uma parte da sua falta ; tem, pois, um interesse directo em depôr contra a Verdade (19). Têm-se visto criminosos, que, desesperados por conhecerem que não podem escapar a pena, esforçam-se em arrastar outros cidadãos para o abysmo em que caem.; outros denunciando cúmplices, alias innocentes, só para affastar a suspeita dos que realmente tomârao parte no delicto, ou para tornar o processo mais complicado ou mais difficil (20) ; ou porque esperão obter um tratamento menos rigoroso (21), compromettendo pessoas collocadas em alta posição. Mas se o legislador recusasse absolutamente qualquer valor ao depoimento do cúmplice, privar-se-hia'gratuitamente de um meio, unico em mais de um caso, de convencer o verdadeiro culpado obstinado em negar os factos ; é, pois, com razão que o direito commum da Alemanha admite esta especie de prova (22), quando as circunstancias da causa fazem desaparecer os motivos de suspeição, que ordinariamente ha contra ella. Tal é o caso em que o culpado confessa desde logo plenamente o seu crime, e depoe contra o seu cúmplice sem reticencia alguma, que faça sup pôr ter elle em vista qualquer vantagem directa para

' (19) Vide, sobre o depoimento do cúmplice, Bivinus, *De denominat. complids a delittq.*, Lipsa, 1720.— Creutzinger, *de Nominat. socii*, Jéna 1785. Homtner *ad art.* 81 G. G. C., Lipsa 1746.

(20) Em quanto dura o processo contra o cúmplice innocente, o verdadeiro cúmplice pôde procurar os meios de fazer evadir o autor principal.

(21) E' o que pôde acontecer em materia de alta traição.

(22) As novas l'eia tambem admittem, mas sob certas réservas. Vide o Ood. 'ausfcr. art. 410.— Ord. crim. da Prussia, g 398, n. 8.— Ood. bsv., art. 884, Vide o *Proc. crim. comp.*, t. 2. cap., 170, nota 30.



si (23). Tal é ainda o caso era que o nome do cúmplice é claramente designado sem suggestão alguma da parte do magistrado instructor : no caso contrario poder-se-hia desconfiar ter o accusado denunciado falsamenté, aproveitando-se da occasiao, que se offerecia, de desviar as suspeitas da verdadeira direcção. Uma condição essencial para a validade do testemunho é a certeza de que não ha inimizade entre o depoente e o individuo a quera se réfère. E' mister, finalmente, que aquelle acariado com este lue repita e.m face os factos de que o accusa: ou que sustente a sua declaracao depois de ter sciencia de ter sido condemnado, porque entao não tem mais interesse de ac-cusar a outra pessoa (24). Quando todas estas condições se achao cumpridas, e quando, alem disso, estao satisfeitas as essenciaes para' a credibilidade do testemunho em gérai, o depoimento do cúmplice deve ter plenafé.

Uma condemnação pôle ser baseada no testemunho de dous complices? No direito commum alleinao a questao deve ser negativaraente resolvida (25). Alem de ser perigoso condemnar alguém pela declaracao de dous individuos infamados pelo crime, a regra do direito commum exige formalmente que a testemunha, para ter plena fé, seja juramentada : ora o accusado, contra quem se instaura

(23) Quando o accusado, confessando o crime, acrescenta que fora levado a. commette-lo e animado pela seducção, provoca logo duvidas quanto à verdacl' da sua declaracao; os criminosos acreditio militas vezes que ficSo'le melhor pnrtido, fazendo crer aos outras que eeder&o à Influencia da I educção.

(34) Tittmam, lanual, III, p. 522 e g 871.

(25) Quistorp, | ;G9i—Eivinus, 1. c, & nota 19, g 80.—Martin, *Tra-tada*. XII, nota 1.—Hohnhorst, *Anntarios do Tribunal suprsmo As Bxi-m*, VII Parti \ p. 873.

o processo por causa de um crime, não pôde depôr sob juramento, e nada há que autorise a favor dos cúmplices! tão grave excepção a esta regra. Segundo esta as suas declarações não podem ter valor, senão concordando com outros meios de convicção ; e 6 então o caso de applicar-lhes os principios, que exporemos mais tarde, quando tratarmos da prova *composta* (26) ; mas, repitamos, uraa legislação nova (27) procederia com acerto dando-lhes plena fô em certas circumstancias, que o juiz apreciaria em sua prudencia. O cúmplice, só por ser cúmplice, não é teste-munha incapaz, é somente suspeita : ora a suspeição, que basea-se em uma presumpção desfavoravel, pôde, em certos casos, cair, e dar lugar ao firme credito no declarante. Figuremos um exemplo: um homem, cuja vida até alli era sem mancha, tomou parte em um crime, cuja execução, alias, não denota extrema depravação ; confessa o crime, e manifesta o seu arrependimento ; designa como seu cúmplice um outro individuo, contra quem já existia fortes suspeitas ; persiste obstinadamente na sua declaração, e não se descobre indício algum de inimicade entre ambos ; o seu depoimento concorda perfeitamente com o de outra teste-munha maior de toda a excepção ; sendo, além disso, corroborado por todas as circumstancias e indícios da causa; havendo vèhemente presumpção de que neste caso se disse-rao a verdade, devera o legislador, sob o unico pretexto de queum delicto não esta juramentado, pear a convicção

(26) Ranft, *Da prova*, g 72. Stubel, *Do Corpo de delicto*, § 24<sup>3</sup>, Tittmann, I, c-, p. 522, sustentão que a declaração de muitos cúmplices faz prova plena.

(27) Ood. aust., art. 410. dispõe, que quando muitos cúmplices sôl unanimes nas suas declarações fazem prova plena, .Tonull, *Dir. crim. àa Austria*, IV, 111—llâ.]

do juiz, principalmente se, depois de condenado, reproduz a sua declaração nos mesmos termos, e dá à justiça nova garantia, que pode perfeitamente substituir o juramento prévio (27 bis)^ Entretanto o juiz, em tal caso, deverá ser o mais prudente possível.

Se para conseguir-se a declaração do cúmplice promet-teu-se-lhe agraça, ou diminuição da pena, não se pôde fazer cabedal das suas declarações: seria perigoso dar fé a uma testemunha, que foi provocada a falar por promessas ou por seu interesse pessoal.

A suspeição, em matéria de testemunho, também resulta das relações entre a testemunha e o acusado: 1º Em primeiro lugar fallaremos do *parentesco*. A lei romana (28), quando estabelece a incapacidade absoluta de depor como testemunha parece designar os pais do acusado: mas convém lembrar aqui tudo quanto dissemos a respeito dos efeitos do processo de accusação; sabe-se também que em Borna não se fazia distincção entre as testemunhas suspeitas e as incapazes.

No direito germanico, segundo o qual os parentes figu-

(27 Ws) ConVcm observai-, que. se no curso do processo o autor principal denuncia um cúmplice, devem ambos ser julgados pela mesma sentença: a garantia de que falla o texto, só se refere ao caso excepcional em que o autor principal, depois de condenado, denuncia pela primeira vez o seu cúmplice, que seria então dir ec-tamente processado. (#■ T. -F.)

(28) L. 9 de L., 6, Dig. *de Testibus* (S) V. Gluck, Comment., XXII parte, p. 146.1

(S) A primeira faz declaração, que nem o pai pôde ser testemunha na causa do filho | nem este na do pai A segunda declaração, que não se deve consultar e idôneas as testemunhas, quando estão sob a autoridade de quem, que § produ4. O que dispõe a primeira é reproduzida pela *testibus*. L. 5, God. *de*

ravao nos debates como *conjuradores* a favor do accusado, o parentesco tambem nao constitua incapacidade absoluta ; mas simplesmente suspeição. Coin effeito, é muito possivel que a vóz da natureza, que na testemunha falla a favor do accusado, abafe a voz do dever: mesmo involuntariamente as preoccupações da sua affeição podem faze-lo desviar da verdade (29) ; mas, como se vê, em tudo isto nao ha mais do que uma presumpção, que deve ser pesada com as presumpções contrarias. Tambem é certo haver homens, que poem o dever e santidade do juramento acima de todas as considerações de affeição, e que julgar-se-hão obrigados a confessar tudo quanto sabem, ainda que a verdade seja prejudicial ao seu parente, ainda que soffra o seu coração. Nos processos de certos paizes, principalmente no da Alemanha, a testemunha citada tem a faculdade de recusar fallar contra os seus parentes mais proximos ; basta-lhe manifestar a sua recusa, quando sabe que o seu depoimento poderia prejudicar ao accusado, e quer evitar a penosa situação em que o collocaria o seu comparecimento ; donde se segue que, em tal caso, aquelle que nao usa desta faculdade, e declara estar prompto a fallar, considera o interesse da verdade e da justiça como um dever mais sagrado do que o bem estar do seu parente accusado.

Em resumo, o testemunho dos parentes só pôde ser suspeito (30), e da mesma sorte o do conjuge : não obstante os estreitos e intimos laços, que os unem, não permitem que facilmente

(29) As ideas de honra. e de familia exercem tambem grande influencia sobre muitas testemunhas :- quantos nao ha que julgão dever mentir para salvar o accusado, e evitar uma noção na familia deste T

(80) Cod. bav., art. 263, n. 4.— Ordem. crim. do Prussia, g 357,— rTittmann, *Manuel*, III, p. 517.

se aereдите poder o luarido depôr "montra sua foiülher, nSo obstantê a commnnhao de intéressés pecuriariOs tornal-os directamente interessados no prôcesso ; todavia tudo isso não 'constitue mais do que uni tnotivo de suspeição, e nao uma iri-capacidade absoluta ; e quando o conjugue, era iugar de recu-sar o seu testemunho, presta-se a fall'ar, é porque sem duvida sacrifica as caras affeiçOes do seu coraçEo à lei do dever. Alem disso, ha casos em que a verificação da ver-dade séria irapossivêl, se o conjugue não fosse ouvido (31). Tem-se sustentado, que estando a mulher collocada em uma condiçSo de dependencia em rélação ao marido, jamais ousa-ria depôr contra elle ; e d'ahi concludio-se que ëra neste caso incapaz do depoimento : mas as idéas modernas con-demnàrão esta opinião ; as relações mutuas entre os con-juges nao exige da parte da mulher a abdicação du sua dignidade pessoal.

Voltémos ao parentesco ordinario (32). No direito cora-mum, para que haja suspeição, é mister que o parentesco nao excéda do quarto grão (33). Quanto mais estreito fôr elle,quanto maior fôr a intimidade de familia entre a testemù-nha e o accusado (por exemplo, se sao irmaos) ; quanto mais fortes forem os laços de obediencia e respeito natural entre o accusado e a testemunha (por exemplo, se esta é descendent© daquelle), tanto menos se pôde esperar a verdade da parte desta.

(81) Exemplo : **quando** se trata do crime de bigamia.

(30) O direito canin depôimemto dus pa  
*haberi nequsat* : est]  
hoje mais sustentar-sel

ico, **cap. 5** e ult., *X de Testibus*, conslderava o  
ntos como plenatnente valido, *si Veritas aliter*  
systema, admittido na praxe antiga, não pôde

(33) Comp. art 2221

Cod. instr. **crim**, franc.

2.\* A amizade entre a testemunha e o acusado também pôde tornar suspeito o seu depoimento (34). É certo que a amizade, tendo o seu principio na moral a mais pura, não fará por si desviar a testemunha do caminho da verdade ; e, conformando-se com a sua origem, jamais a levará a mentir, ainda que a verdade prejudique ao indivíduo amado ;. mas os hábitos da iustitiae, na communhão da vida, por assim dizer, fraternal, nesta associação, cuja primeira regra parece ser o preservar\* de todo o mal aquelle que de lá faz parte, ha também um sentimento levado a exaltação, cujo o interesse dos outros cidadãos, mesmo o da sociedade, parece não poder entrar em luta : d'ahi nascem as razões de duvida ou caso de que se trata (35).

3.º A *inimixade* também é uma causa de suspeição (56) .1 Sob o imperio da paixão, as primeiras impressões da testemunha podem alterar-se diante de imagens infelizes, nascidas de um espirito violentamente excitado, que pôde satisfazer a sua vingança em um depoimento desfavorável ; mas para que assim seja, é necessário haver odio inveterado, e que

(S'il L. 8) pr. D. *de Testib*, — Globig, *Theoria du probabilidade*, II parte p, 170,

<sup>1</sup> (95) Jonull, I. c. IV, p. 57,58.—Tittmann, IV. p. 518. ' 1

(36) L. S. pr. D., L. 13, *Ood, de Testib*. (S). — Streckor, *de qualitate testium*, § 6.

(8) A primeira lei contém diversos preceitos de Gallistrato sobre a confiança, e não merecem as testemunhas, e entre elles, um diz que se deve examinar, se a testemunha é inimiga (aquella contra quem depõe, ou abraça aquella a favor de quem depõe. A segunda declara que a inimizade é motivo de rejeição da testemunha. 1/ • "

j a causa ainda subsista. Não é bastante desunifto passageira e por motivos pouco graves (37). Além disso, só nos espíritos se ã dignidade e sera nobreza é que a paixao do odio préfere a vingança ao dever e â santidade do juramento ; os outros limitao-se a evitar alguma relação corn o seu inimigo, e nao procurao perde-lo injustamente, comprometendo a paz da sua propria consciencia. Portante, neste caso, o caracter da testemunha servira ao juiz de regra de apreciação. H

4.» As relações *domestkas* e *de dependencia* constituem nesta divis&o uma quarta categoria de testemunhas suspeitas (38). Mas séria ir longe de mais, sustentai que todo o criado, que todo o homem livre obrigado por um contracte à prestação de quaesquer serviços, deveni sempre inspirar duvidas (39). Os laços, que prendem os cri ados a seus amos, ordinariamente nao são taes, que façao desde logo presumir, que os primeiros deporao falsamente no interesse dos segundos ; e quanto â influencia, que estes exercera sobre aquelles, nao é de natureza a alterar sempre a imparcialidade do seu testemunho : se as circumstancias da causa demonstrarem, que a testemunha, dizendo a ver-

(37) Globig. I. c... IL p. 173.—Tittmarm, III, p. 51B.

(38) A loi romant, L, 24, D., L. U. Cod. *de Testib.* exclue 03 *testes domestkos*.— Gluck, *i'omment.*, XXIL p, 127, A citada loi classifica na mesma categoria osl ndividuos *quibus wyperari potest ut testes fiant*. (S)

(S) *Testes eos quos Ytceusator de domo produxerit, interrogari non pla. nUt.—Btiam jure ci\ ili domestici testimonii fides itnprobatur.*

(S'J) Tiltmnauni II' b. 519.

dade, expor-se-ha a um grave prejuizo, entao deve appa-recer logo a du vida (40).

5.º Ha tambem certas ralações de diversa natureza, que gerao a amizade ou o reconhecimento, e que, portanto, podenj influir, no depoimento da testemunha : tacs sao as do pu-pillo com o tutor, do adoptado com o adoptante (40 *bit*) ; mas em todos estes casos, como, nos outros, compete ao juiz fazer a. apreciação conforme as circumstancias.

6.º Podem existir entre a testemunha e a parte lesada certas relaçOes, que convem tambem nfio desprezar. E' certo que a condemnação do accusado a uma pena decretada no intéresse social nao dà directamente vantagem material à pessoa offendida : e, tratando-se exclusivamente deste interesse, pode-se affirmar, que o offendido e as testemunhas, ainda que bem dispostos a favor daquelle, olhao com vistas indifférentes para a condemnação ou para a absolvicao : mas concebe-se no offendido a existencia de um sentimento pronunciado de ma vontade, podendo fazer participar as testemunhas, seus amigos, se forem homens de consciencia menos firme, do desejo que tem de ver punir o seu aggressor, no ponto de vista pessoal ; ora, pôde bem acontecer que este desejo egoista levé as testemunhas a desviârem-se involuntariamente da stricta verdade. Ainda nao é tudo : a sen-

40) Globig, I, p. 133 —1. O art. 317 do CocL de instr. crim. fr. détermine sements que se pergiuite à testemnnha.'se esta ao servi ço do accusado ; no caso affirmativo ao juiz compote livremenlo apreciar o valor do de poimento. (N. T. F.)

\* (40 *bit*) Na França, onde as relacocs entre o adoptado e o adoptante são as mesmas que entre o flilio e o pat legitimo, tem plena applicação a proliibiçã'o do art. 333 do Cod, de instr. crim.

N. T. F.



tença cri minai reage directamente sobre o proceaso çivU, que a parte lesada tem direito de intentar contra o culpado para satisfação do dano causado ; e esta consideração, quando ha entre o offendido e as testemunhas certas relações de afeição, pôde algumas vezes imprimir um caracter hostil contra o accusado (41).

7\*\* Final mente, trataremos das relações entre as testemunhas. Devem, com razão, dar lugar as desconflanças do juiz, quando uma delas representa um papel importante no processo, e quando parece ter exercido grande influencia, quer pela autoridade, quer pela persuasão, sobre o depoimento da outra, seu parente proximo (42).

8.º O caracter da testemunha, seu modo de pensar e de obrar são causas poderosas de suspeição. Já se viu, que nesta categoria deve-se classificar em primeiro lugar o que foi anteriormente condemnado por um crime. A mesma razão de suspeição subsiste, quando a testemunha, por acto

(41) O mesmo se dovo dizer a respeito das relações do pareil tesco. E é a mesma razão que Siegwart Mul ler observa ao se a livro intitulado *Dir. Tim. dos cantões'UrL Schwyte, S. Galeno, etc., etc.* 1839. p. 123 «*que nos parentes, o mesmo sangue corre nos veias, bem depressa se inflamma e os impelle a perseguir o offensor.*» E' certo que seria perigoso, em certos cantões da Suissa, acreditar facilmente ao testemunho dos parentes do offendido.

i «

(42) Acouteceu o caso seguinte : a testemunha A. tinha declarado que B. era o autor do crime. O filho de A., que tambem tinha estado presente, declara por sua parte não ter visto B.. Mais tarde, retratando-se, afirma, como se, pai, que B. era o criminoso. Desconfiou-se então, e com razão, que o pai, usando dos meios da persuasão e da autoridade natural sobre o filho, lhe causou extrema perturbação, e o levou a ponto de não ousar por-so em contradicção com elle.

evidentemente immoraea (43), foi convencida de levandade nfto desculpavel, de indiferença culposa para os direitos de outrem (44) ou para os da verdade (45). Mas deve o juiz examinar com cuidado os factos em todas as suas circumstancias, pesar o acto imputa&o, e considerar attentamente o character individual da testemunha em relação a este acto; este methodo lue servira de guia seg-ura, e o preser-varà de qualquer juizo temerario. Algumas vezes reflectem desfavoravelmente sobre a sua pessoa os motivos, «que o dirigir&o nos actos da sua vida ; mas a primeira impressao modifica-se singularmente (46), si se deixa de fazer obra pelas apparencias. Do facto de accusarem estes actos grande levandade, de se ter entregue a testemunha à devassidao condemnavel aos olhos da moral, n8o se deve concluir que ella queira calar a verdade, e macular-se por um péril urio.

Convem tambem considerar a natureza do testemunho. Se o depoimento é em defesa, a experiencia diaria mostra que em taes casos as testemunhas nEo primao por muito

(43) Tittmanu. III, p. 522.-L.3 g 5.-L 15» D. *dé Test.* (S).

(S) Sobre a primeira lei vide nota (S) n nota 34 do cap. 41. A segunda prohibo que possa ser testemunna o qm foi condemnado por crime de concussão.

(44) Exemplo: seiUizio uma donzella.

(45) Exemplo: é por todao conliecido como menti roso o basoão.

(16) Algumas vezes. a virtwde e o vicio toco><M de muito porto ; e fac.U-niento so pôde ser injuste, julgando, os actos d«s ontros: Por «xemplo\* uma imperceptivel bårroira sepnru a eeonoiiiiiii d.v avurezu.

exactas ; persuadein-se que, assira obrando, nio fazem mal a ninguem, e prestao auxilio a um iufeliz accusado, cuja conducta em fuirlo uao é por ellas vivamente re-provada (47) : se o depoimento é coutra o accusado, as Imesoas. testemunhas julgariao, segundo a sua consciencia, dever fallar coutra a verdade.

O depoimento do individuo conhecido pelas suas idéas antireligiosas (48) uao pôde fazer fé absoluta ; é a saucção religiosa que dé. à sociedade as mais poderosas garantias de obediencia ao juramento, garantias que poderiao ser suppridas pela obrigação puramente moral de fallar conforme a verdade (49).

Outras vezes a crença na veracidade da testemunha é abalada por causa de certos defeitos particulares ceusuraveis ao seu character, como a tendencia para a cxageração, para a mentira, a quai a testemunha pôde ter cedido no seu depoimento. Certos habitoà perniciosos podem tambem fazer desconfiar nao ter tido a testemunha a calma e a liberdade de espirito necessarias para a exacta observação dos factos, e para délies guardar memoria fiel (50).

I

[il] Alíudimos aos procosso9 em materla de drtello, de delielo politicô. Frequentemente aa testemunhas julgão, que pôdem mentir, ao porque reprovão o processo.

(48) Mas é 'mister moslrar-ae circumspecto na apreciação dos factos de irreligião. Não bas tari», para tornar a {estentnnha suspeita, que um padre déclara ise não assistir ella aos offícios divinos.

(49) A idèa ' noral do dever assenta com effeito sobre uma base bem frapil na con'i'ciencia do homem profundamente irreligioso.

(50) Por exenplo: o habilo da embriaguez.

A CarolioHMJclassLfica as pessouf desconhecida\* **enfrë** ad testemunhas àusp'ëitàs : mas istb é uma consequencia das antigas idéaS populares, segundô as quaes, para que alguém podesse depôr contra um cidadfto livre, eTa mister que fosse conhécido e doraiciliado "(52). Todavia devia-se certamente tomar em consideraçaõ a circumstancia de ser a testemunha produsidâ inteiramente desconhecida tanto do acusado como dos' juizes (53).

## CAPITULO XLIIH.

### DOS MEIOB DE APRECIAÇÃO DA Ffi DEVIDA AS TESTEMUNHAS.

Jâ o dissemos : séria um grave erro rejeitar inteiramente a declaraçfio de uma testemunlia, s6 pelo facto de se dever considera-la suspeita por qualquer dos motrvos enunciados no capitulo précédente. Nao lhe reconhecendo jamais força probatoria, o juiz faria applicação cômpletamente falsa dos principios que o devem dirigir no seu exame. Erraria tambem, attribuindo pleiia e igual força probatoria a todas as testemunhas, que a lei ou a doutrina incluírao na categoria das inoapazes e das sus-peitas ; e considerando haver prova compléta, desde que tivessem deposto na causa duas das testemunhas chamadas *clamcas*. Finalmente, tambem haveria engano em suppôr, que pôde ser matbematicamente avaliada a credibilidade das testemunbas ; em erigir a theoria que admitte uma especie de. nivel médio, subindo ou descendu

(61) C. C. G., art. 63,

(52) O Tribunal uao tem então a possibilidade de se esclarecer sobre o caracter possoal da testemunlia e sobre todas as particularidades, que podem depôr a faror da sua ereditabilidade. H

£33) Tiltmann, i. c, III. p. 535.

segundo as circunstancias em cada causa, e para cada testemunha (1).

Ha autor que toma por *padivo* ou *medida* de com-paração um cidadão tirado da classe média, dotado de intelligencia ordinaria, de probidade sem nodoa, de-pondo como testemunha do facto que observou : na sua opiuião, este typo tem nui valor probatorio *mêdio*, que, ou augmenta, se na causa a testemunha se distinguir pela sua alta moralidade e pelas suas faculdades intel-lectuaes ; ou diminue, se carece destas qualidades. Este systema nao se pôde susteutar (2).

A proposta escala de credibilldade basea-se em dis-ItincçOes puramente arbitrarías, e nao é possível deter-miuar préviamente regras onde os casos divergem ao infinito, e se complica com innumeraveis incidentes. Além disso, por este meio chegar-se-hia frequentemente a con-clusoes total meute falsas, por exemplo, a capacidade in-tellectual da testeinunha nem sempre vem corroborar a autoridade do testemunho ; poisque, tratando-se de um facto simples, um individuo de espirito pouco cûltivado, poréin com mais experiencia das cousas da vida, deve depôr mais fielmente do que um distincte sabio. As circumstancias, que vem augmentaĩ ou diminuir a credibilidade, podem ém suas multiplas combinaçOes dar lugar a deducçOes totalmente contrarias (3) ; como pois se pôde

(1) E' o qua Bsitham tentou erĩgir ém âystema. Vide o *Tratado de pvo-  
■oas*, 1, cap. 14.1

(2) Vide as nĩt .s de Dumont na obra de Bentham precitada, h p. 99-

(8) Exemplo : I .estemunha é parente em igual grao tanto do accusado, como da parte lK ida ; soffreu jn uma cohdemnação por delicto politico ; mas. por outro l lo, é conhecida pela sua rigida veracidade.

antecipadamente préciser o valor que à medida média se liade augmentar de uma parte e tirar da outra? Em uma palavra, querer constituer uma tabua fixa' de quanti-dades mathematicas, é ir contra a evidencia dos factos ; em um caso dado, um unico motivo de avaliação é mais forte do que três ou quatro motivos em sentido contrario (4).

Quanto as testemunhas suspeitas, como já dissemos, é mister pesar inaduramente todas as circumstancias • porque este estado de suspeição basea-se sômente em presumpções, que os factos podem destruir.

Mesmo quanto as proprias testemunhas classicas, assim chamadas porque nao ha contra o seu testemunho ne-nhum dos motivos legaes de suspeição, nEo se pode dizer que os seus depoimentos têm valor igual ; tambem,em re-lação a ellas a fê do juiz apoia-se em uma ou muitas presumpções, e é sô na occasiao do depoimento que pôde avaliar o grão de maior ou menor valor destas presumpções. A experiencia demonstra victoriosamente, à despeito de todos os systemas que se têm tentado erigir em leis, que o juiz décide neste momento, como se fosse um jurado (5), e que a sua impressão final é o producto de uma multidao de circumstancias accessorias. Para de-cidir com segurança estas difficeis questoes, é mister ter conhecimento exacto do coração humano, ' e experiencia da vida. Figueremos uma hypothèse : uma accusação é in-tentada contra dous individuos, sendo um irmao e o outro amante de uma mulher, que é a testemunha principal,

(4) A lealdade do homem, o se a talento de observação bem domonstrado darião sempre grande influencia ao seu testemunlio.

(5) Exemplo : quando décide, que a testemunha devê ser acreditada, n2o obstante tar soffrido uma condemnação pénal.

<sup>6</sup> que esteve em posição de poder determinar positivamente a parte que cada um toraou na perpetração do delicto (6). Ella falla, e o seu depoimento é favoravel a aeu amante, e muito desfavoravel a seu irmao : o que se deverá acredita'r"? Dever-se-ha concluir, que a voz do amôr é, neste caso, mais forte do que a voz do sangue, Isacrificando o irmão ao amante ? Muitas duvidas se elevao, cuja solucao nunca poderia conseguir-se com o auxilio do systema das provas legaes ; ainda ahi nada tem a fazer a Isciencia do direito, e o juiz deverá ir procurât os elementos da sua convicção no intimo do coração humano.

Regeitemos, pois, mais uma vez as formulas mathematicas, sempre que se tratar da ayaliação de probabilidades moraes (6). O juiz, em presença de um depoimento testemunbal, procêde como o historiador, que se basêa nas testemunuas dos factos passados para firmar a verdade da. sua narração (8). Exigem a sua prudencia (9) diversas considerações, cuja natureza vamos expor :

1.\* Deve examinar attentamente as particularidades pliy-sicas, das quaes dêpende a capacidade de observação de qualquer testemunha. Esta merece tanto maior credito, quanto

(6) Figure-se a hypothèse de \_ um assassinato commettido pelos dons aceusados na noite de 10 de junho; a testemuuha velou toda a noite ; e importa saber quai dos accusados chegou primeiro à casa em que réside.

(7) Sabe-se que FHangieri, *Scieneia*, etc., liv. III, p. 1, cas. 15, csforçou-se em reduzUlata formulas fixas.

H

(8) Garmignaifi, *Délie Leggi*, etc.. vol. IV, p. 155.

(9) Cremani, *Mi mentajuris crim.*, liv. III, c.2ft p. 304—223. — Globig, *Theoria das Pro\< Widades*, 1 parte, p. 155, 2 parte, 137.—Stubel, § 877. —Tiltmann, *Mah il*, Itl, § 855—Ord. crim. pruss., § 359.

mais exercitados (10) e pénétrantes fôrem os seus orgftos, tratando-se precisamente de factos, que exigem da parte do observador habilidade prática (11). Melhor dotado, a este respeito, do que as outras testemunhas, as suas palavras devem infallivelmente exercer raaior influencia.

2.º È tambem necessarïo examinar as faculdades psychologicas da testemunha. Quem pela sua intelligencia mai» cultivada comprehende quanto importa considerar exactamente os factos, apanhar a physiomia, que lhes dao as circumstancias no meio das quaes se aohao collocados, traduzir comperfeita fidelidade o resultado das suas observaçoEs, merece certamente mais credito do que o homem grosseiro, que atravessa a vida sem intelligencia, que sô vê a superficie das cousas, e que, sem calcular nem comprehender bem as consequencias t&o graves do seu depoimento em juizo, falla inconsideradamente, nao sabendo distinguir o que soube de sciencia propria e certa do que soube por ouvir dizer.

Quanto mais o facto se complica corn elementos, muitas

(10) Exemple: uma testemunha, dotada de excellente vista, sustenta que vio o accusado em certa posiçSo ; outra, de vista curta, depõe em sentido contrario.—Frequentemente acontece não confessarem as testemu-j nhas a fraqueza dos seus órgãos, sendo algumas vezes necessario recorrer à inspecção ocular, para adqnirir a certeza de que a testemunh a podia ter viato a certa distancia o que se passou.

(11) Uma vez, em uma cansa crime, convinha verilcar de que modo o accusado manejava a sua arma de fogo, e sobretudo se elle apontara para uma pessoa determinada. Entre as testemunhas havia um habil caça-dor, que sustentava ter o accusado apontado em certa direcçito; outra testemunha, ignorante em materia de caça, sustentava o contrario: indepeudentemente das outras circumstancias, nao teria a primeira testemunha mais direitos à confianca do juiz ?





vezes impalpaveis (12) ; quanto mais se carrega de côres e se confonde com outros factos que importa conhecer, e, finalmente, quanto mais necessidade tem o observador de o apreeiar com exactidão, e tambem de examinar uma rnultidao de circumstancias accessorias, pouco importantes na apparencia, mas prendendo-se a outros factos princi-paes (13) ; tanto mais o juiz se mostrarà severo, e exigirá da testemunha um desenvolvimento consideravel das suas faculdades intellectuaes.- Mas ainda ha outros pontos, que devem chamar a sua attenç&o.

3.º Em primeiro lugar examinarâ em que estado a testemunha se achava, quando se deu o acontecimento sobre que depoe. Se o seu espirito estava sobreexcitado pela paixão ou por qualquer outra cousa propria a perturbar a percepção calma e imparcial das suas faculdades ; nSo se pôde esperar da sua parte um depoimento, que mereça plena fé. Se o acontecimento era completamente indifférente à testemunha, e ao mesmo tempo estava esta absorta pela contemplaç&o de um outro objecto, por exemplo, pelo seu amor ; ou se estava escandecida pelo vinbo ; ou inteiramente preoccupada com uma ma noticia ; ou, finalmente, se o proprio acontecimento, de que se trata, abalara violentamente todo o seu ser : em todas estas hypothèses, não tendo a testemunha observado os acontecimentos, como o faria um viandante desinteressado, a sua declaração nao poderá satisfazer tanto a consciencia do juiz.

4.º Este deverà tambem examinar a moralidade da teste-

(12) Exemplo :t rata-se de verificar na testemunha a esistenioia de uma inimisade »< culta ou de uma molestia mental.

(18) Taes convi a posição de certos objectes ao pé do cadaver da ■victima ; a extens lo o o número das manohas de sangue ; mesmo a existencia certa li tfas manchas por todo o lugar do crime.

munha, Quanto mais firme, veridico e surdo a todas as influencias exteriores se mostrou sempre um individuo ; quanto mais puras forem as suas opinioes moraes e reigiosas manifestadas pelas suas palavras e pelos actos da sua vida, nunca desviada do caniiinho do dever pelos intêrresses materiaes ; tanto mais credito merecerà o aea depoimento. Lembremo-nos de que é grande o número daquelles, que traficaõ com a sua consciencia ; daquelles que, sob o pretexto de que o fim sanc-tifica os meios, julg&o-se autorisados, quando a accusação répugna as suas idéas, ou quando acreditão na innocencia] do réo, a negar os factos de que forao espectadores, a occultar as mais graves circumstancias accessorias, ou a dar-lhes um character inteiramente phantasiado. Ora, isto é o que jamais sera capaz de fazer o homem, cuja leal-dade tem por norma o-principio moral: por isso o character da testemunlia fornece um excellent meio de apreciar as suas palavras pelo seu justo valor.

5.º Nao devem passar desapercibidas certas particula-ridades na pessoa de cada testemunha. Em regra, o sexo nao deveria ser razao de differença (14) ; a mulher é capaz de observar os factos tao bem como o homem, e de tao fielmente dar conta délies ; e se nas idéas dos nossos antepassados (15) ella occupava posiç&o muito secundaria e nao inerecida ; se entao parecia, que ella nao podia ser

(14; Vide, a este respoito, as nuraerosas discussÔes nos livras dos antigos doutoros.— Clams, ltb. Y, g 20, n. 24.—Boehmer, *ad Carpzov. quæst.* 114. obs> 5.

(15; 0, 10, de verb. sigif. o. %c. XV. qu. 3. (S). Cramant, *elementa*, III p. 180.

(S) *Nam varium et mutabile teslimommn sempre femina producit.*

admittidâ ao testemunho solemne, o tempo e a civilisa-oao oondemnarao estas idéas erroneas, nao bavendo razao para que o seu depoimento sêja me nos crível (16). Ainda mais, em certos casos, tratando-se de objectos, que entao mais naturalmente no circule das cousas, que a interés-sûo (17), ella examinara melhor do que o bon\*em ; porém se pelo contrario se trata de objectos ordinariamente in-différentes para ella, p6de acontecer (18) nao ter ella prestado a atençaõ e seriedade necessarias ao aconteci-mento, de que por acaso foi espectadora, e nao poder pesar maduramente o alcance e a exactidao do seu de-poimento. Em conclusao diremos, que tudo dépende das circumstancias, e que não é directamente por causa do seu sexo que a sua palavra pôde ser posta em duvida. Já não te m mais inyportancia a religi&o a que pertence a testemunba. O espirito de intolerancia espalhava outr'ora o prejuizo, de que o depoimento de um judeu nao podia ter força contra um christao (19). Suppunba-se entao que o judeu era autorisado pela sua lei religiosa a perjurar em juvzo ; acreditava-se tambem que o odio inveterado do povo de Israël contra os ebristaos os levava a pre-judicar a estes por todos os meios posaveis. Mas o es-

(16) Geatcrdirig, *Intestigaciet*,..., 1, p. S07

(17i Exemplo, tratando-se de uma gravidez, do unin ucio si dades do vistuario, etc.

(18J Por exeinilo, em materia de particularidades politicas.

(19) Vide L. 11 Cod. de *Hereticis* (S).—ûrd. crim. prusa., § 357. n. 8.

(S) Prohibe qtt' umjudeo ou heretico possa depôr contra um ortodoxo; mas permute o depoimento délies nas causas dos sens corre-ligionarios,-

tudo da lei judaica e a observação inteligente dos factos (20) demonstrarão a falsidade de tal theoria (21). Duas hypothèses únicas podem apresentar-se, deixando duvidas ao juiz :

1." Quando a testemunha não tiver prestado juramento na forma da sua religião (22) ; I

2.' Quando a causa fornecer materia para as inimicidades de seita, sendo uma das partes interessadas correligionaria da testemunha ; mas ainda aqui convém observar, que a lealdade bem conhecida da testemunha faria desaparecer as objecções.

6." O conteúdo do depoimento contribue muito para fixar o seu grão de credibilidade. A testemunha, ou prova e seu conhecimento dos factos por meio de razões positivas, demonstrando que esteve presente no lugar do acontecimento, e que era impossível que errasse; ou, pelo contrario, confessa que estava afastada, que obstáculos intermediários a impediram de ver tudo, e que a sua convicção completou-se pelo adito de outra pessoa: é fora de duvida, que no primeiro caso o seu depoimento tem muito maior autoridade. E, se pôde indicar até as menores particularidades do acontecimento, enquanto que outra testemunha, nada sabendo dizer, demonstra que só observou de um modo incompleto e superficial, o seu depoimento deve ainda mais ser preferido.

7.º O juiz, finalmente, deve estudar a própria *forma* do depoimento. A postura calma e firme da testemunha, a franqueza simples e tranquilla das suas respostas, a uni-

(20) Vide a obra do autor intitulada— *Principios do Dir. priv. mít.* g 117. not. 20.

(21) Tittmann, III. p. 425. « (22) Vide o Proe. crim. comp., 2»  
parte, cap. 133 in fin.

formidade dos seus ditos e a sua precisão são outras tantas provas da sua observação attenta dos factos e da sua inteira veracidade ; são por isso, as suas palavras adquirirão autoridade poderosa. Quando, pelo contrario, a sua attitude indica a violencia ou a paixão, deve-se logo desconfiar da sua imparcialidade : se recita com singular vivacidade uma declaração evidentemente insinuada, parece seguir cegamente as inspirações de outrem : se hesita e se embaralha nas suas respostas, o magistrado deve pensar, ou que observou mal, ou que não refere fielmente o que sabe (S).

## CAPITULO XLIY.

### DOS FUNDAMENTOS DO PODER DO TESTEMUNHO.

Allega-se um facto, que pôde ter certa influencia no processo, quer contra, quer a favor do accusado : para que o juiz o considere, como demonstrado pelas testemunhas, é mister que existam certas garantias, e se preencham diversas condições:

1." É necessario que o depoimento emane de testemunhas conhecidas dignas de fé;

2.\* Que estas testemunhas tenham prestado juramento segundo as prescrições legais, e na forma da sua religião;

3." Que os factos sobre que depoem tenham podido cair directamente sob os seus sentidos. Muitas vezes, com effeito, o testemunho, para ser positivo, deve emanar de um perito." são elle seria cantava de observai- certas circumstancias pouco

(S) A nossa legislação, erigindo em principio a tolerancia religiosa, foi fiel e conseguiu na applicação. Podem depor no mesmo nivel as testemunhas de diversas religiões, contanto que prestem juramento segundo o seu rito Cod. do Proc., Art. 86.1

apparentes, qua a. qualquer outro escapariao; outras vezes, foi rai&ter oemprego de'instrumentas dasua arte (1)', ou ao me-nos um minucioso exame, que sô poderia ser feito sufficientemente por um homem experimentado (2) ; finalraente, outras vezes, é necessaria\* uma descripç&o pratica do objecto observado (3), para se poder dedusir justas conclusses. Quando as declarações das testemunhas nao se apoiao unicamente ua experiencia ordinaria dos sentidos; quando exprimem somente uma supposiçao, uma opiniao baseada em um en-cadêamento de raciocinios por ellas feitos, o seu depoimento jâ nao pôdepor si sô formai- a convicçao. Quando alguém déclara que A. alimenta va cbntra-B. odio mortal ; que C. é um homem perverso e perigoso, o seu testemunho nao se apoia em um facto material, podendo cahir sob os sentidos ; o que faz, é tirar dos actos ja conhecidos a conclus&o de que o, accusado é depravado : mas se deixa de mencionar os factos, que sao a manifestação necessaria desta depravaçSo, a sua declaração nao merece credito. Qualquer que ella seja, nao pôde directamente provar nada mais do que a existenciâ destes factos productores sem tirar conclusses ; ao juiz, e sô a elle, compete esta segunda missao.

4." O testemunho sô merece credito, quando se apoia na observação pessoal daquelle que o dà (4). Segue»se dahi, que elle deve ser interrogado sobre a raz&o de sciencia que

(1) Si se tratou, por'exemplo, de verificav a profundidade de um ferimento.

(2) Por exemplo, quando se trata de descrever o estado das bordas do ferimento.                   ?, j, v'

(3) Exemplo : a testomunha é interrogada sobre a côr que tinhSo os pulmões na occasiSa das experiencias, sobre a côr das chagas e contusõesi etc., etc.

(4) Piccardt, de *Fide testium*, p. 729.—Cod. bavar... **art.** 277.

dos factos tem. Vê-se frequentemente, pessoas muito respeitáveis affirmarem o que ouvirão de terceiros, não menos respeitáveis, de modo a fazerem persuadir involuntariamente, que ellas foram testemunhas originarias do facto; por isso, quando o debate versa sobre acontecimentos, que tiverão lugar no meio de numeroso ajuntamento, deve-se ter cuidado em tirar betão a limpo, quaes os factos de que a testemunha foi pessoalmente espectadora.

5.\* O depoimento deve ser *verosimil*, isto é, o seu conteúdo deve ser conforme com as leis naturaes : as circumstancias do facto também devem estar em correlação logica entre si. A testemunha não seria acreditada, se attribuisse ao accusado um acto, que lhe fosse materialmente impossivel por causa das suas faculdades physicas. Finalmente os ditos da testemunha, para serem verosimeis, devem estar de acordo com a situação que ella occupava no momento do acontecimento; devia ser-lhe possivel, nas circumstancias especiaes em que se acabava, observar os factos taes como declara-los observado; d'ahi nasce para o juiz o dever de esclarecer as duvidas, que porventura surgirem, quer pelo seu exame local (5), quer por meio de peritos (6).

6\* Porém a mais forte garantia da credibilidade do testemunho é o seu perfeito acordo com os resultados fornecidos pelas outras provas (7). Se a testemunha é em um ponto convencida de mentira, ou de erro, o juiz não pôde deixar de conceber desconfiança e duvidas, ou

(5) Exemplo: quando a testemunha protende ter «ouvido certas palavras, não obstante estar na distancia de 300 passos.

(6) Exemplo : quando afirma ter conhecido o acusado, de noite, e o clavo produzido pela detonação de uma pistola.

(7) Tittmann, HI, p. 520,—Ood. Bavar., art. 279.

sobre a sua boa fé, ou sobre as suas faculdades de observação; pelo contrario, porem, cresce a sua convicção, quando, vê confirmado e corroborado o testemunho por todas as outras provas da causa. Entretanto nai se deve exigir em sentido absoluto esta garantia, Nao é indispensavel que todas as circunstancias sejam sempre corroboradas por outras provas; e mesruo quando estas em um ou outro ponto desmentem as declarações da testemunha, u&o se segue que o testemunho deva logo ser regeitado. Levar a applicação do principio até a consequências tao extremas, séria auniquilar a prova testemunhal em uma multidao de casos, mesmo naquelles em que ella émanasse dos homens mais proprios para fornece-la ; séria portante abrir porta larga i irapuuidade dos criminosos. Nao séria mejjwr, neste systema, absolver o accusado, serapre que nao houver contra as suasobtinadas deuegações outra prova, alem do depoimento singular de uma testemunha, eapectadora do crime ? Vê-se, testemunhas de boa fé eng'anarem-se em relação a certas circunstancias, que podiao ter esca^ado à sua observação ou à sua memoria; mas conservarem gravado no seu espirito o facto principal (8). Digamos, pois, que a contradicção entre a declaração da testemunha e os factos demonstrados por outras provas sô pôde diminuir a credibilidade, aliàs dévida, quando necessari ameute versa sobre circunstancias, que ella nao podia deixar de ver e conservar em memoria. Em outros termos, se as provas da causa demonsttrao, que é maliciosamente inventada a circumstancia principal declarada pela.

(8) A testemunha, que via commetter o assassinato, lembra-se perfeitamente de quem o commettes» e, an nos dépôts, poderá designar o seu autor ; mas si se llio porgunta que vastuario. trazla o criniinoso, qnantas punhaladas deo, sera l'ucU o errô.



testemunha, deixa esta logo descredida (9). O mesmo se deve dizer, quando se prova por outros meios a impossibilidade do facto tal como é enunciado, sendo, além disso, inexplicável o erro de boa fé. A testemunha afirma, por exemplo, que viu A. ferir JB. no coração na manhã do dia 16 de Junho; ora, outras duas vezes B. de perfeita saúde na noite desse mesmo dia: como dar crédito à declaração da primeira testemunha? "Ora confusão involuntária entre a manhã e a noite não é coisa possível. Mas se a parte da declaração demonstrada errada não versa sobre facto essencial, o erro explica-se facilmente por falta de memória ou por outra causa; compreende-se que a testemunha mais conscienciosa possa cair nelas involuntariamente, e esta contradição sem importância não abala a lei que lhe é devida. Se diz, por exemplo que o assassinato teve lugar às 7 horas da manhã, quando se prova que às 7 horas e meia a vítima vivia ainda, compreende-se logo ser fácil em tal caso o erro, tendo por causa talvez o andar diferente de dois relógios (10), não se podeu, se por essa razão, duvidar da credibilidade da testemunha. É mister, além disso, examinar sempre o modo pelo qual esta faz a sua declaração relativa ao ponto sobre que versa a contradição. Se em lugar de afirmar positivamente, a testemunha só enuncia uma simples suposição, a contradição não vale a pena de ser, tomada em consideração\*; separando claramente os factos sobre

(9) Exemplo: a testemunha afirma que A. matou B. com uma facada, e os peritos, depois da autópsia, declaram que o ferimento provio de uma arma de fogo.

(10) A. somma de dinheiro tirado, por exemplo, pôde facilmente esquecer-se de registrar à memória do crime o mais consciencioso.

que devarifto ter produzido no seu *elpiitq uuu» imlir\*sàfcj* indelevel, se a testciuunha *tivcs.se* sido realmente espèce tora do acbntecîmeatô (13) ; ou quando teune no seu depoimento circunstancias iu'conciliaveis entre si, e que o tornaõ necessariamente erfoneo sobre um ou outro ponto (14);

A convicção do juiz não pôde -epoiar-se no depoimento, senão quando este é prestado pela testemunha em pessoa, perante o tribunal competente, e com interrogatorio regular, Ura declaração extrajudicial, por mais s que. sejão os ouvintes, é insufficiente (15} ; com effeito, nada garante **ter** a testemunha pesado maduramente a gravidade do seu depoimento ; nenhum vinculo legal a obrigava a dizer a verdade ; e podia tauto bem ter referido uma versão falsa por estouvamento, para divertir-se a custa de outrem, por jactancia, ou finalmente pelo desejo de proteger ou prejudicar ao accusado. E' mister, pois, que o interrogatorio seja feito perante o juiz competente (16) : P porque somente então pode-se e deve-se supôr terem sido

satisfeitas todas as prescrições indispensaveis da lei e de prudencia, cujo cumprimento garante ter a testemunha fallado somente conforme as suas convicções. Os offres) Exemplo : a testemunha é elura ter visto A tirar B Com uma fônda ; depois, no mesmo interrogatorio affirma que A matou B com um tiro de pistola. K' osse um facto sobre a qual não devesse jamais contradizer-se.

(14) Exemplo declara que A cartou com uma facinella a garganta do B, o acrescenta que B teve depois com A um longo dialogo.

(15) Tittmann, III, § 858.— Hopp, *Documentos Legislativos para a llesse*, V. p. 188.

(16) Kleiuscurod, Art. 71. *do Dir. crim.* VU. p. 101 Quistorp. *Princípios do Dir. crim.* § 606.

ciaea da policia judiciaria e os tribunaos ciyis usao corn demasiada facilidade de meios suggestives prejudiciaes â manifestação da verdade. Concluamos: o comparecimento pessoal da testemunha e o seu depoimento em juizo. s5o elementos esseaciaes do testemunho. A sua declaração por escripto, enviada ao magistrado, certamente não pôde bastar : no processo verbal nada indica quaes forao as suggestoes empregadas, e finalmente a testemunha nao podia ter-se compenetrado inteirainente da importancia da sua missae.

9.\* O testemunho deve ser livre e espontaneo. Se a declaração foi feita sob o imperio do constrangimento ou da ameaça ; si se empregarao meios de coacção, taes como a prisao, para obrigar a testemunha a fallar contra o accusado, ella não pôde ser crida. (17). Quando, pela sua obstinação em desobedecer à lei e em recusar-oe a depôr, a peua foi contra ella decretada, nao se pôde induzir por isso **uma** reprôva contra o seu depoimento ; a punição nfio tem por fim obriga-la a fallarem um sentido exclusivo, mas simplesmente conforme a verdade; e a applicação de taes medidas jamais poderia colloca-la em situação tao critica, como aqnella em que, pelo temor da pena imminente, um homem naturalmente verdadeiro preferisse dar um depoimento falso. Mas ao magistrado instructor compete fazer uao discrète e prudente do constrangimento ao depoimento ; deverá evitar com cuidado tudo o que possa fazer suppôr à testemunha, que délia se quer uma declaração preconcebida (18); e lhe fara

(17) O mesmo **SQ** deve disser, quando **eonsta do processo que o accu-do ou, seuB ainigos** usârao de ameaças **para dêterminai\*** a testemunha a fallar favoravelmente.

(18) Go m», **por exemplo, dizer que A. é o autor do crime.**

II.

ao

sempre comprehendêr, que &6 se espéra a verdade pura. Portanto, só coino uieio extremo, quando forao infructi-feros todos os esforçoa para o comparêe imento da testemunha, é que se deve usar de rigor (19) (20).

10. O testemunho nao merece crédite, quando a testemunha foi yictima de um embuste. Ora, este pôde ter por effeito fazer èrer a testemunha que assistio real-mente à execucao de um facto puramente chimerico (21) ; ou teve bastante força para faze-la depôr contra a Yer» dade, suppondo nao haver nisso perigo para ninguem ; outras vezes é levada ao erro sobre o proprio sentido das perguntas que lhe sao feitas. No segundo destes casos, se, por exemplo, a persuadem falsamênte, que o accusado nao tem que soffrer pena alguma, que somente se trata de obter a confirmação de outros depoimentos importantes sob outro ponto de vista, lia àhi evidentemente uma suggestao mentirosa das mais perigosas. As pergun-tas subtis e capciosas merecem" igual reprovação. A levi-andade natural em tantes homens, que muitas vezes fal-lao sem pesar sufficientemente as consequencias das suas pa-lavras ; a perturbação de espirito^ que nao pôde ser ven-•cida, em muitos daquelles que pela primeira vez depoem

(19) Taes sao a coacrão corpoxal e a mulla.

(20) Muitas TOZQS a récusã de fallar ou de prestar jurawento tem a sua origem em prejuizos religiosos. O juiz, em. tal c.isô, pôde cliamar on sacerdotc para esclarecer a consciencia da testemunha.

(21) Entretanto toda a suggestao mentirosa não destroe infallivel-mente o valor da testemunha. U«na vez o magistrado inquisidor fez crer a testemunha que o pccusodo tinha confessado. e apresentando-lhe um hilhete, em que a letra desto estava fulsificada, levon-a a dizer o que sabia. A testemnhha fallou segundo a verdade: e se o juiz commette a um acto condein navel, o depoimento conservon toda a sua forçi, pois qui o resultaJo das suggestões nSo foi a men-  
I lira.

em juízo, são bastantes para que a testemunha muitas vezes compreenda mal a pergunta que lhe é feita, e responda contra a verdade, querendo sinceramente responder ao que julga que lhe foi perguntado. Importa muito, para julgar do valor do testemunho, conhecer o texto e a substância das perguntas (22), e aqui devemos protestar contra a prática tão seguida de se fazerem perguntas, que em si contêm muitas outras (23).

11º O depoimento deve ser *original*, isto é, deve ser a expressão espontânea da convicção da testemunha. Se fosse sugerido, perderia logo este carácter. Entretanto, do facto de se dirigir uma pergunta sugestiva, não se segue que o testemunho fique logo viciado: sabe-se que um interrogatório não pôde ter lugar sem que se faça algumas destas perguntas. Há homens que nunca respondem a um interrogatório, sob a forma geral, e que evitam cuidadosamente dizer uma palavra com relação ao ponto capital, com receio de serem obrigados a explicar-se de modo categorico (24). Além disso, a situação

(3\*2) Conviém pois condemnar os processos verbaes\* que são reproduzidos as respostas da testemunha sob a forma de narração continua.

C23) Exemplo : sabo, se A. proferio estas ou aquellas palavras, e se então ameaçou B. com a sua faca. A. gento do campo, aquelles cuja educação foi pouco cultivada» são se lembrão de ordinario, como e expõe a experiência frequentemente demonstra, do final das perguntas, que lhes são feitas, e quando respondem por não sim a ultima. parte destas podem ler o juiz a supôr, que respondem affirmativamente sobre todas.

(24) Exemplo : o juiz quer saber da testemunha, se o accusado, no dia 16 de Janeiro, praticou estes "ou aquellos actos em certa estalagem. Interroja prudentemente, e pergunta, se a testemunha esteve nesse dia na dita estalagem, que pessoas ali se achavam com elle? A. testemunha responde, mas não menciona o accusado; é necessario portanto, que o juiz pergunte-lhe ainda, se « tiocnsailo também ali se achava"? se elle fez isto ou aquillo? -

muitas vezes só teve por fim indicar à testemunha o que o juiz tem necessidade de saber dela, e não ha embaraço em que esta declare toda a verdade. Por outro lado as suggestões são perigosas, porque certas testemunhas respondem. afirmativamente, umas por leviandade e para mais depressa serem despedidas, outras por timidez e embaraço, suppondo sempre que o inquisidor sabe perfeitamente tudo quanto se passou, e que não poderia fazer-lhes perguntas tão precisas, se o facto lhe fosse desconhecido (25). Outras vezes, tendo-se esquecido a testemunha quasi totalmente de circumstancias menos importantes, afirma, para sahir do embaraço, a realidade de certas circumstancias, que o magistrado lhe relata ; ou então, tendo interesse em dissimular a verdade, aproveita-se da occasião, que lhe proporciona a pergunta suggestiva do juiz, para pôr este em mão caminho (26). Todos estes motivos de desconfiança surgirão, pois, contra o testemunho assim produzido, sem que todavia-se possa exigir em regra a sua rejeição absoluta (27). O que deve decidir em cada especie são as circumstancias. Em conclusão, diremos que a fé devida, ao testemunho será gravemente abalada :

a.) Quando as suggestões forem numerosas, e versarem sobre os principaes pontos do depoimento ;

b.) Quando, não podendo o corpo de delicto ser provado

(25) Com effeito, é natural que o tom de certeza com que são feitas as perguntas, imponha singularmente a certas pessoas.

(26) ES\* por isso que è sempre perigoso suggerir ao accusado o nome de seu cumplice presumido.

(27) Kleinschrod, *Questões do Df. crim.*, 1ª parte, n. 2, § 17 e 19.— Bentham, *Tratado da Propos.*, l. p. 122.— Parat, *dos Suggestões*, p. III,

senão pela prova testemunhal, a testemunha tiver fallado somente por causa das suggestões ;

c) Quando se referirem à revelação do nome de um complice ;

d,) Quando, sobre uma circumstancia a respeito da qual se deve produzir nraitos depoimentos concordes, as mesmas perguntas suggestivas forem dirigidas a muitas testemunhas;

e.) Finalmente, quando a testemunha inspirar por si pouca confiança, e quando a sua attitude trahir a falta de independencia e de intelligencia : neste caso, em lugar de relatar somente o que viu, poderia deixar-se levar pelas idéas de outra pessoa, e fallar contra a verdade, querendo dizer o que percebe desejarem que ella diga.

12.º Finalmente, para que o facto em questão pareça completamente demonstrado pela prova testemunhal, é mister, pelo menos, o depoimento de duas testemunhas contestes em todas as circumstancias essenciaes. A sua unanimidade é uma forte garantia, e não se pôde sup-pôr no testemunho erro ou má vontade, quando a segunda testemunha faz uma declaração independente, mas identica à précédente ; as suas palavras, pela comparação entre ellas, adquirem mais força ; e, para haver mentira, seria necessario suppôr da sua parte nada menos do que um conluio criminoso. Além disso, ellas são interrogadas separadamente (28), e contanto que as suas respostas não

(98) E' essentiel observar a regra que exige, que as testemunhas sejam interrogadas separadamente : a presença de um terceiro pôde itnpôr ao interrogado, e provocar da sua parte numerosaa reticencias: além disso, acontece muitas vezes, que aquelle que ouve» nSo percebe logo as calculadas. dissimulasses daquelle que falla, e com perfeiti bo.i fé ô levado a Ullar como o primejro.

sejam sugeridas quanto as circunstancias, é facil ao magistrado, no caso de fraude, convence-las logo de imposture. A confiança vai, pois, crescendo à medida que maior número de testemunhas tiver a mesma linguagem, até nas mesmas particularidades. Pelo contrario, a falta de concordancia prejudica ao testemunho, principalmente se este versa sobre factos, que, se a elles tivessem assistido. As testemunhas, deviam ter sido observados de modo necessariamente uniforme,, não os poderiam ellas facilmente esquecer. A data do crime, o vestuario do seu autor, as palavras que pronunciou são cousas muito importantes, e o juiz tem difficuldade em convencer-se, quando das duas testemunhas que designa A., como o assassino de B. uma afirma que A. trazia fato branco, e feriu B. pela frente com uma paulada sobre a cabeça, em quanto que a outra declara que A. trazia fato verde e feriu B. pelas costas com uma punhalada. Entretanto a falta de concordancia pôde muitas vezes explicar-se pela confusão em que ficaram os assistentes do crime : enquanto a testemunha dirige a sua attenção para certas circunstancias, outras lhe escapam (29). Em tal caso, a contradicção das testemunhas não tem importancia. O mesmo acontece, quando se trata de circunstancias accessorias, cujos caracteres, em razão da sua propria natureza, são susceptíveis de apreciações diferentes por aquelles que os observam (33), ou que podem facilmente, depois de certo tempo, ser esquecidos completamente (31).

(29) Por exemplo, as palavras proferidas.

(30) Exemplo : os factos passarão-se à hora de crepusculo; Uma testemunha declara que A. tinha, uma casaca verde escura : outra que era azul.

31) Exemplo: seria as 7 horas e meia



## CAMTULO XLV.

### DO EFEITO DO TESTEMUNHO.

Jã dissemos; por que razao a convicção do juiz sô se deve formar pela declaração identíca de duas testemu-nhas pelo menos (1), cujos depoimentos se confirmEo um pelo outro; dissemos que duas pessoas interrogadas se-paradamente nao poderiam fornecer exactement\*\* a mesma relação dos factos, se am^bas nao os couhecessem pela evidencia naturai, e pela sua presenea no lugar do acon-tecimenlo. Estes motivos, quasi sempre applicaveis, derao origem a regra bem couhecida, que se acba em todos as legislaçOes, que décrétarão para o juiz prescrip-ções fixas em materia de prova /2). Nao obstante o direito roman o nao ter creado a respeito umadoutrina compléta (3);

(1) Cremani, *Elem. jur. crim.*, III, p. £07. — Klein, *Da prova testemu-rihal* na sua *Miscellanea*, v. 8, p. 49.—Globig, *Theoria das pvobabilidades*, I, p. 167. — Protobevera, *Materiaes législatives*, VII, p. 256. — Globig, *Censura rei judic.*, II, p. 195. — Oarroignani. *Teoria dclla sicureza*, IV» p. 154. —Na França a maxima *Testis unus, tes\$ nullus*, não tem mais valor senão como argumento de discussão, ou como regra de prudencia para o **juiz** : a apreciação dos testemuulios ahi é exelativamente moral ; e nesta materia, como em qualquer outra, o magistrado deve seguir a sua convicção intima e feflectida. Todavia este capitnlo contem excel-lentes conselhos para por em pratica. Alem disso todas as questõesl que ahi sa distinguem tâoboni pertencião ao nosso direito anterior à re\* voluçfto. — Vide -> *Proc. arim. camp.*, cap, 173, para as particularidades historicas; e qnanto à legislação franceza prine'ipalmente, vide o etcel-lente livro de M. Bonnler ns. 199, 206, 317 e seguintes.. Çg. D. T. F.)

(2) Cod. austr.» g 409.—Orden. crim. prutfs., g 386 —CoJ. bav. §285.

' (3) L. 12, D. *de Testib.*, L. 9, Cod. *de Testib.* (S).

(S) A primeira lei diz: *Qvando não é determinado o número âas teste-mxmhas, bast&o duas: quando se serve do termo testent unhas no plural é sufflciente o número de duas.*

A segunda diz : *As leis não permutent que alguém possa depôr em causa propriU.* .

nao obstante o direito canonico ter-se limitado a transcrever certas formulas extrahidas das leis bibli-cas. (4) ; e finalmente a Carolina ter determinado que sômente *duos ou très boas lestemunhas* podem satisfazêr & consciencia do juiz (5) ; todavia no fundo de todos estes textos, a que alludimos,' achamos o principio de que uma sô testemunha nao péde bastar para a condémnaç&o (6). M'as entender a regra no sêntido (7) de dever ser 'cbrnf sïderado provado todo o facto, sobre o quai dUas teste-munbas depoem affirmativamente, é cahir em um excesso deploravel ; dous malvados que se combinassem para a

(4) G. 5,10,, 23, 25, 27, X. de *Testib.* (g).

(5) Já 6 Doutr, c. 17 v. 6 proliibia que se eondêmnasse â morte polo depoimento de uma testemuha singular. O direito canonico estendeu esta.regra a todaa as causas, Gap. 23, X. de *Testib.*; Balvo os casos espe-eiaes previstos nas leis, como o do baplismo, para o quai se admite o attestado singular do sacerdote ; o do casamento incestuoao, para o quai basta o depoimento singular da mai, 1. 22 X. de *TesHb*,

(5) C. C. C., art. 87.

(6) Carpsow *Praxis rer. crim. quœst.*, 114, v. 46. — Quistorp § '«05.-- Tittmann, *ManuaL*. 14, g 657.

(7) £' esse o senttdo, qa\* ao aystema allemâb da prova emprestSô os escriptores francezes, que o impugnâo. e o desacreditâo. Vide por esemplq Mi»yer, *Espirito dos iislituições judicarias*, vol 2, p. 363, das notas.— Observaremos, que, mesmo em France, a doutrina e a jurlaprudencia antigas attribuião força inveacivel a dous depoimentos contestes. Em 1786, por oecasião da fumosa memoria de Dûpaty em defesa dos *très ho-mens condemnados ao supplicio da roda*, cuja suppressão sustentera, o advogado gérai Seguiet exclama va : *O depoimento de duas testemunhas contestes deve passar por uma prova complota, segundo as leis divi/nas e humanas,,. o nagistrado, o mais intégra, pôde ser surpreendido, mas naâa perde da sua dignida.de, quando se conformou com a vontade da IM.*

(N. T. F.)



condemnação de um innocente, conseguirão seguramente o seu fim dando dous depoimentos conformes. A maxima *Unus tesbis, testis nullus* não tem esse alcance, e se o juiz nao pôde basear a condemnação senão sobre o depoimento conteste pelo menos de duas testemunhas, nao se segue .que seja forçado a condemnar pelo seu testera u-nho ; deve aqui, como sempre, examiuar, se reuñem todas as condiçGes de «redibilidade requeridas ; em uma pala-vra, deve convencer-se da sua verdade. Aprecia livre-mente 6 segundo a sua consciencia, se cada uma das testemunhas offerece pessoalmente garantias legaes, se as suas declaraçOes sao verosimeis, se concordao com as cir-cumstancias demonstradas pelas outras provas, e ainda que as testemunhas sejam em maior número, Mo ficando elle convencido da culpabilidade, deve regular-se somente pela sua convicção.

A maxima da exclusão da testemunha singular é garantia concedida à innocencia, e torna impossivel uma sentença dictada por temeraria confiança no depoimento produ- zido. Quando duas testemunhas declàrao em juizo terem visto Pedro matar Paulo, ha sete annos, e depois lançar o cadaver à agua; sera isso bastante para que Pedro possa ser condemnado \*? E ainda quando fosse verdade ter Paulo desaparecido, ha muitos annos, o corpo de de-licto fica sempre por provar ; alem disso, sera necessario examinar, se Pedro teve qualquer interesse em commetter o crime ; se na referida época foi visto perto do lugar indico pelas testemunhas; e finalmente se tal crime p<5de ser-lhe imputado em razao dos seus antécédentes. O juiz examinarà depois, se outras provas vêm demonstrar a realidade dos factos relatados pelas duas testemunhas ; se os seus depoimentos sao contestes até nas menores circum-stancias. Se lhe restar a menor duvida sobre a verdade

dos depoimentos, pôde; declarar- logo que o crime está suficientemente provado, não obstante as presunções existentes.

Tein-se indagado muitas vezes : quâes os factos sobre que deve versar a declaração de duas testemunhas ? questão, em cuja solução, por querer-se seguir a todo custo o rigor do principio, cahio-se em uma doutrina errônea. Pedro é accusado de ter matado Paulo em um confictto popular : duas testemunhas virão o primeiro lançar-se sobre a sua victima com a faca levantada, exclamando : « E' preciso que eu o mate ; » ouvir-se Paulo designa-lo como o seu assassino ; mas não o virão descarregar o golpe ; aflirmão somente que o sangue corria em jorros do seu peito (8). Pôde-se duvidar de que a prova testemunhal seja aqui completa? Não admitti-la, seria errar por espirito de systema. As testemunhas provam clara« mente a existencia de factos successivos, ligando-se entre si de tal sorte, que a existencia do crime é a sua consequencia necessaria, e que os factos intermediarios, não percebidos por ellas, devem ser considerados verdadeiros na ordem natural das cousas, desde que pelos seus depoimentos se acham devidamente provados os antecedentes e os consequentes. Certamente nada mais é preciso.

Uma testemunha vê Titius arrombar um armario no qual estava um relógio ; immediatamente depois vê o mesmo relógio nas mãos de um terceiro ; a sua declaração não provará o roubo, não obstante não ter visto commetter a subtracção?

Dois testemunhas contestes bastam para a demonstração dos crimes de qualquer natureza. Em relação à prova do

(8) Vide uma especie notável nas *Causas crim.* de Feuerbach, II, p. 6WJ]

juramento falso (9), sustentou-se que o juramento faz por si prova plena dos factos contidos no depoimento ; que afirmando as duas testemunhas o contrario, simplesmente contrabalança a primeira prova por uma outra ; por con-sequenci» nao a annullao. Dahi concluiu-se que nesta ma-teria especial três testemunhas sao necessarias : mas tudo isso nao é senao argucia ; o perjurio nao ficara\* demons-trado, desde que os factos affirmados pelo accusado forem provados falsos em si f

Titras affirma, que nao recebeu no dia 24 de Julho de 1830 100 francos de Sempronius a titulo de emprestimo: duas testemunhas affirmao tê-los visto entregar por emprestimo ; a prova do perjurio esta feita, e o juramento do accusado nao constitue mais do que uma simples affirmacao pessoal, que só podia valer como prova, em-quanto a prova contraria nao fosse produzida (10).

As duas testemunhas classicas sfto suffieientes para demonstrarem o corpo de delicto (11)? Aqui convem dis-j tinguir ; ou se se trata de certos factos que se prendem ao corpo de delicto, ou de todo o corpo de delicto. No primeiro caso, nao lia difnculdade alguma ; duas testemunhas podem perfeitamente affirmar e provar, por exem-plo, o estado de gravidez de uma mulher accusada de abôrto, ou o uso de titulos falsos. Mas no segundo caso, a resposta é mais difficil ; mesmo em outro tempo era

(9) Schneider, *Tratado da promu*, p. 53t. — Sfcubôl, *Procssso crim.*, S 910.

(10) Vida o artigo do autor nos *Sotos arch. de dir. crim.*, II, p. 1U. — Protobovera, I. e., V, p. 224. — Hitzig, *Revista*, n. 85, p. 172.

(11) Brunemann, *Proc. induisit.*, cap. Vit, n. 20. — Kleinschord, *anti ttgts Arch. de dir. -rim*, VI, p. 10. — Stubal. *Proc. crim.*, g 007.

essa uma das dificuldades da doutrina, que queria, que a inspecção ocular fosse o único meio de verificação do corpo de delicto. Já demonstramos (12) que a confissão pôde perfeitamente fornecer essa prova (13); o outro tanto dire-mos do testemunho pelos mesmos motivos: e se é verdade que as testemunhas podem dar a certeza de ter sido Pedro o assassino de Paulo, é também verdade que o seu depoimento tem a mesma força probatoria em relação a factos de outra natureza, ao crime de corrupção de um funcionário, a um delicto de rebeldia ou de adultério, etc. Mas os praxistas almejam oppunha ainda outra objecção. Se as mesmas testemunhas depoem sobre o facto do crime e sobre a pessoa do seu author, torna-se impossível verificar o depoimento, em relação a este, pela prova do corpo de delicto ; sem duvida, quando além das testemunhas, que affirmam ter Pedro matado Paulo, a autopsia do cadaver da victima vem, até nas menores particularidades, confirmar a exactidão das suas declarações, (por exemplo, sobre o número e direcção dos ferimentos) nasce dahi para o juiz uma forte garantia ; o erro parece impossível ; pois para fornecerem particularidades tao precisas, parece que deviam necessariamente ter assistido ao acontecimento. Mas o que se pôde concluir dahi?

Na falta das facilidades que traz o corpo de delicto precedentemente verificado, não pôderá o juiz descobrir outros meios de verificação? Deve examinar e saber com certeza por que razão o crime commettido não deixou ves-

(lg) Vid\* > acima cap. ■ >.,

(18) Vide 0 *Prou crim, comp.* cap. 167.

•/•••

tigios (14) ; quaes as probabilidades que existem da sua perpetração real ; deve indagar, se as declarações são contestes até nas menores circunstâncias, e se lia lugar a desconfiar-se de algum conluio criminoso ou de sugestões inconsideradas ; se ainda restam dúvidas, que não permitem considerer verdadeiros os factos relatados nos seus depoimentos (15) ; se todos os factos constitutivos do corpo de delicto foram articulados (16). Se o crime exigia, sob certas relações, o exame especial de peritos (17), não dará plena fé ao testemunho, senão quando as lacunas resultantes da falta de história (18) forem preenchidas, quer pelos factos articulados, quer pelas outras provas do processo. O testemunho faz prova plena, por exemplo, quando os peritos afirmam, que a substância administrada ao acusado em presença das testemunhas, que relatam o facto,

(14) Duas testemunhas declaram ter visto Pedro matar Paulo em uma floresta, depois enterraram o cadáver. Procurava-se o lugar indicado, e, não se acham nem ossos, e nem vestígios. O corpo do delicto não pôde ser considerado como demonstrado Poderia não ser assim, se os peritos achassem na natureza do terreno, próprio para activar a decomposição do corpo. uma explicação satisfactoria da ausência de vestígios.

(15) Exemplo : as duas testemunhas viram Pedro e Paulo entrar na floresta, e sair Pedro só : o facto do assassinato fica duvidoso.

(16) E mesmo certa circunstância moral, por exemplo, a falta de íntimos conhecidos, que pudessem levar o acusado ao crime, basta muitas vezes para excluir a possibilidade de uma condenação.

(17) Assim as testemunhas viram Pedro ferir Paulo na cabeça com três punhaladas; depois fugiram quando a vítima cahia; os seus depoimentos, na falta de peritos, não bastam para provar que Pedro matou realmente Paulo.

(18) As testemunhas afirmam que foi propinado arsenico; a sua douta verificação provará. Mas a substância era ou não effeito ossa ?

funcionário público-, o juiz não deixa de ser i ;  
 como taes não escapao à, fallibilidade da natureza humana ; a  
 imaginação também perverte muitas vezes a sua memória, e  
 o seu testemunho pde involuntariamente ser influenciado  
 pela paixão (27). Mas, diz se, o funcionario é juramentado.  
 O effeito deste juramento, que lhe empenha todo o futuro,  
 não pde enfraquecer no seu espírito, depois de algum tempo  
 % O acaso fa-lo testemunha de um acontecimento, que lhe  
 produz . profunda emoção (28) ; deixa de ter o sangue frio  
 necessario para bem observar os factos ; neste caso, não  
 obstante o privilegio, que a lei confere as suas palavras, a  
 razão recusa-lhe o direito de fazer plena fé (29). Por isso, é  
 mister acrescentar, mesmo nos paizes onde se admitta esta  
 excepção, o seu testemunho fica singularmente abalado,  
 desde que elle é pessoalmente lesado pelo delicto, ou que os  
 factos provao, que elle não podia ter visto tudo e com exac-  
 tidao,

## CAPITULO XLVI.

### DO EFFEITO DO DEPOIMENTO DADO POR MUITAS TESTEMUNHAS BOSPBITAS.

A seguinte questão dividio por muito tempo a escola (1).

(27) O que piova, niera digso, que os sectarios do systema que coin-  
 bateroos recuam diante das consequencias, é que não o applicação senão cm  
 materia de a Impies delictos.—Vide Tilfmann, *Matinal*, 8, p. 521,

(28) Exemple : acca-se exposto a xima violencia., ou a um acto do  
 rebelli So.

(29) Vide ainda C. 22, X. do *Elect.*— G. 19, X. de *Appellat.*—Linde, *Re-  
 tista de Dir. civil*, 8, p, 181.— Vide, sobretudo, Hefftor, *Tratado do Dir.  
 crim.*, p. 624.

(1) Eisenhard nos *Ant. Arch. do Dir. crim.* tom. 3, n. 1, p. 101. Rauff,  
*Da Prora*, g 124.



Os depoimentos> de pessoas suspeitas, mas nutnerosos, podem pelo seu grande número compensar o que falta a cada um délies em credibilidade / em outres termos, quatro. testemunhas suspeitas, por exemple, mas contestes, pro-vio a certeza de um facto ¥ Estabelecida assim a ques-tao, deve ser resolvida peia negativa (2) ; trata-se da apre-ciação de factos moraes, onde nada têm aqui a fazer as leis do calculo mathematico : o depoimento da primeira teste-munha suspeita, por ser reproduzido pela segunda, nao adquire nova força, pois que esta, por causa do seu vicio pessoal, nao tbrnece um meio regular de verifl cacao. Para sermos melhor comprehendidos, daremos um exemple A primeira testemunha foi muitas vezes presa por causa de condemuaçOes judiciarias, e a sua vida inteira atesta a sua falta de probidade ; a segunda parece ter sido pei-tada para depôr ; a terceira é inimiga mortal do accu-sado, e a quarta, parente proximo da parte lesada ; pode-rao depôr as quatro contes te mente, mas a uniformidade dos seus depoimentos nao convencerâ ninguem directamente. A affirmacao de um mentiroso nao faz acreditar na mentira de um outro. O depoimento de cada uma das teste-) munbas pôde aqui comparar-se corn outros tantos indi-cios, e njio é somando-os que se chega a dizer que os indicios formSo a certeza. Donde se segue que a maxima, frequentemente invocada, que quatro testemunhas suspeitas fazem prova plena, é falsa no seu sentido abso-luto (3).

(3) QuUtorp, S V06,— Struben, *Ensaaios de Jurispi-*, 2o"vol., n. 4.

!

(3) Nos ternios da Ord. crim. pruss., § 387, as testamunlias sus-  
peitas jamais podem fazer prova plena.

ii.

22.

Mas, tratando-se simplesmente de saber, se em certos casos, sob certas condições, o testemunho de homens suspeitos pôde formar a certeza (4), responderemos *sim* aem, hesitar (5). O que torna a testemunha suspeita, é uma presumpção de falta de sinceridade, cujos efeitos não são sempre os mesmos, e se modifica segundo os casos. Compete então ao juiz considerar maduramente todas as circunstâncias. Quando perante elle se apresenta como testemunha um individuo que já foi condemnado, a sua desconfiança é despertada; receia que este homem não tenha senso moral, e que, estando os resultados da sua observação viciados pela sua própria immoralidade, possa dar um depoimento falso. Mas si "Se demonstrasse, que este individuo, condemnado há mais de 20 annos, fora seduzido e arrastado pela levandade; que depois a sua vida fora exemplar; se, além disso, os seus concidadãos attestarem a sua emenda, que motivo serio impedirá o juiz de deixar de attender à condemnação outr'ora soffrida, e de ter confiança na testemunha? Kepitamos, as circumstancias decidirão sempre, si se deve, ou não, tomar em consideração a presumpção desfavoravel ligada à pessoa da testemunha (6); o que quer dizer que o juiz deverá examinar: 1º se na causa o vicio do depoimento esta sanado no todo ou em parte; 2º se a conformidade das testemunhas vem dar

(4) E' pois coincidência que o Cod. bav., art. 289, diz que quatro testemunhas contestes podem neste caso fornecer prova plena.

(5) Há a Caraceni vai longe de mais IV, p. 163.

(6) Stubbs, *Proe. crim.*, § 915,— Tittmann, l. c. 3, p. 532.— Friedreich nos *Dokumente* publicados por Zuercher, t. I, p. 4t.

garantia de certeza. Quanto ao primeiro ponto, conviria distinguir. O motivo de suspeição pôde provir do carácter pessoal da testemunha, que não permite que se acredite no seu amor da verdade (7) ; pôde ainda derivar de relações, que não lhe deixam a liberdade de depor na causa contra tal pessoa (8), ou que portaria incitá-la a confirmá-lo por um depoimento falso esta ou aquella allegação de factos (9). Na primeira hypothèse, se usando da maior circumspecção é que o juiz poderá acreditar na sinceridade da testemunha, sinceridade que não era de presumir a princípio \*, servi-lhe-ha de garantia a sua conducta excellente, indício manifesto da sua eraenda moral (10) ou do amor da verdade, que não foi destruído pela licença da vida anterior. Na segunda hypothèse, as duvidas podem também desaparecer, quer porque o depoimento demonstre pelo seu conteúdo que a testemunha fallou contra o seu interesse, por ser a verdade mais forte (il) ; quer porque as circumstancias da causa mostrem, que os motivos de parcialidade, que se lhe attribuíram

(!) Exempta : a testemunha já foi condenada, procede notoriamente mal.

(8) Exempta : a testemunha é parente próximo do accusado.

(?) Exempta : a testemunha tem interesse na condemnação do accusado.

(10) Convém então ouvir outras testemunhas para provar a sua amenda»

(U) Exempta: é um parente próximo do accusado que depõe contra elle.

nio poderao faze-la dèsviar do verdadeiro caminho (12) ; quer finalmente porque o character irreprehensivel da vida nfto de lugar a que se supponha nao ter ella tudo sacrificado ao seu dever, nesse caao, corao no mais, eter cedido as suggestoees de outro interesse.

Em relação à conformidade dos depoimentos, diremos que ella péde ser decisiva aos olhos do juiz :

â.) Quando diz respeito a factos cuja exposição exige necessariamente a presença simultanea de todos os depo-entes ;

6.) Quando estes factos, são confirmados por outras provas;

c.) Quando se deprehende do processo nao ter-se suggerido resposta alguma as testemunhas ;

d). Finalmente quando nao é possivel admittir o con-luio entre estas para conservarem uma linguagem unanime (13).

## CAPITULO XLVII.

### DA CONTRADIÇÃO NOS DEPOIMENTOS.

Quando os depoimentos parecem estar em contradicção, o juiz, para sabir do embaraço, não deve sommar o número de cada lado, dando fé à opinião representada pela

**(13) Exemplo : desde muitos annos a testemunha vivia na intiidade do accusado ; de sorte que a3 suas affeições sSo igua.es entre este e sea parente.**

**(13) As quatro testemunhas são amigos intimos, o an tes do depoimento, tiverão entre si longas conferancias:\* a sua uuanintidado terá o minimo valor?**

tuaioriã ; é falso semelhante calculo (1) ; os teste munhos nfto 3&o quantidades que se apreciem pelos meios mathe-maticos ; a convicção sçS é produzida pelas circumstan-cias da causa, e, em tal caso, o espirito adquire a cer-teza pesando com cuidado todos os elementos de cre-Idibilidade que ellas contera.

Mas muitas distincções devem primeiro ser feitas.

1\* Acontece muitas vezes que, nao obstante a diversi-dade do seu conteudo, os depoimentos podem subsistir uns a par dos outros ; que podem mesmo concilhar-se (2), sem que seja preciso rejeitar algum délies, como inquinado de erro ou mentira (3). Convera aqui examinar, em que situação, sob que ponto de vista, ou relações, em que momèntos diversos as testemunhas, que differem, observarao as cousas. Dous factos différentes attestados por duas testemunhas podem ser reaes, sem que haja, propriamente fallando, contradicçEo entre ellas.

2\* Tambem nao ha collisao de depoimentos, quand o cada um délies refere-se a factos diversos que se succèdent

(1) Exemplo: três testemunhas affirmão ter ouvido tal palavra : outras dans affirmSo o contrario: aeria absurde procéder por via de subtração, e admittir como meia prou a declaração daquella que forma a maioria- ■;

•2) £' o caso chamado pelos antigos doutores *singularitas testium diversificatio*. Vide sobretudo Farinacius. *Testib.* quest. 64.— Georgi, *de Teste HngulaH. Argentor.* 1722.— Leyser *Sjtec.* 287.— Oremani, *Elementa*, III, p. 210.— Banft, *Da Prova.* S tfil— Tittmann, I. c. III, p. 534.

(3) Exemplo : em um processo por fetimentos graves feitos em um tiimulto, cortas testemunhas dizem ter visto A., ferir B. : outras afllr-que C. fevira o mesmo individuo.

e que se completam um pelo outro (4). O juiz toma todos em consideração, e atende à sua íntima ligação, afim de basear a sua cõpctivção, segundo as re^ras da prova artificial. •

3º Mas ha real contradicção, quando nao é possivel que todas tenham dito a yerdade no mesmo tempo (5) ; e quando, por conseguinte, uma délias deve neecessariamente ter-se enganado ou mentido (6).

Aqui começa a duvida : a certeza de um facto exclue completamente a possibilidade do facto\* contrario, ora a contradicção das testeraurhas dá precisamente em résulta do a affirmação desta contrariedade. Então o juiz nao tem outro meio de decidir a questao, senao examinar a fundo as garantias de confiança que cada uma das testemunhas tem em si (7)., Sentimo-uos mais propensos a acreditar em uma testemunha *classiez* do que em uma *incapas ou suspeita*. Quando as duas testemunhas que affirmão sao homens irreprehensíveis e I diguos de fé, e as duas que negao sao réos {de policia ou homens de ma vida, a sua opposição nao pôde subsistir um sd momento. Dà mesma sorte, entre pessoas- maiores

{4} Exemple : A. ourio B. dizer a seu camarada que queria-matar G. para se vingar délie: D. YIO B.r carregar a pistola : E. vio-o esprei- | tando a sua victima : F. vio-o disparar o tiro etc., etc. E" o que os autores çhamão a *singularisas testiwn adminiculatina* ou *cumulativa*.

(5) E' a *singularitas obstativa* dos autores.

(6) Duas testemunhas affirmão ter visto as 6 horas Pedro apnnha- I lar Paulo : outras duas sustentão que José é o autor do assassinato, e que â hora indicada Pedro esfiava assentndo ao pfl deltas.

(7) A L. 21, g 3, *de Testib.* detorminava jâ que nao se dévia de ordinario préoccupai- corn o .número das testemunhas.—"Vide tambem G. 32, X *de Testib.*—Guk, *Commentarias*, XXII, p. 212.



de toda a excepção para deporem como testemunhas. con~ vem examina- quaes as que merecem mais fé, e o iz deeide-se segundo as regras que já iudicânios (vide cap. 43J. Prestará antes fé ao depoimento de um homem conhecido pela sua experiencia calma e prudente, pelas suas palavras claras e lucidas, «do que ao dito de uma testemunha que hésita, ou que é conhecida pela sua levi-| andade. A fé que é dévida ao primeiro vem diminuir a que a segunda poderia ter obtidô ; e quando em face do accusado apresentão-se rautas contestes na sua ãingua-gem, e negando os factos da accusação, a duvida augmenta mesmo na razao da sua credibilidade (8). Fiualmente, independentexnente da pessoa da testemunha, o conteudo do depoimento tambem exige um serio exame : quanto mais verosiveis parecerem os factos, quanto mais em har-monia estiverem com o resultado fornecido pelas outras provas e oircumstancias da causa, tanto mais razao terá o juiz de lhe prestar fé. Ve-se, pois, que o juiz nao esta sujeito em todos os casos a regras fixas, e que décide como um jurado (9). Refutemos, de passagem, um erro que frequentemente se tem produzido. Tem-se sustentado que as testemunhas afirmativas devem sempre sçr prefe-ridas as que negao ; que estas, por mais numerosas que sejam, nao podem jamais illidir a prova produzida pelas

(8) Stubel, *Proc. crim.*, g 933-ittmnnn. 1 c. ãtl» p. 530.

(9) As leis modérons da Allemnnh» tambem não contetn sonão dis-| posições geraes\* sem utilidade directas: por exempta, a Ord. crim Pruss.. ait. 860 dix quo o juiz decidira quai a testemunha qucmerece ser acreditada. O mesmo Ja» o Col. bav., art. 294 295.

primeiras. A causa deste erro é a confusão nos termos (10). As testemunhas que negam (*neganlea*) de modo algum se podem confundir com as que nada sabem (*tyteteientes*). Quando estas em grande número vierem dizer que não tem conhecimento de um facto, quer porque não estava presente quer porque não o observaram, o seu depoimento, compreendido-se, em nada diminui a força do testemunho das que afirmam. Mas se apparecem outras sustentando que o facto não teve lugar, e relatam certas circumstâncias (11) em opposição formal com o testemunho affirmativo (12) ; se, em apoio de suas denegações, provam que se o facto fosse real, deveriam necessariamente ter conhecimento delles (13) ; se q, facto negado tem alguma relação com ellas, sem que entretanto se possa desconfiar terem ellas interesse em occultá-lo (14) : em todos estes casos, a contradicção entre as testemunhas evidentemente não pôde ser resolvida *a priori* a favor das affirmativas.

(10) Vide a este respeito, Globig, *Theoria das Probabilidades* Iª parte, p. 187.— StubeL g 930, Umann, III, p. 536.

(11) Kleinschmidt nos *Nov. Arch. do Dir. crim.*, III, p. 630:

(12) Exemplo : as testemunhas declaram que no dia 14 de Julho, às 6 horas, Pedro commetteu tal crime: outras dnas affirmam que nesse mesmo dia, desde 6 até as 8 horas, Pedro não as deixou.

(13) Em uma briga em que Pedro é accusado de ter sido o aggressor > outras testemunhas declaram que elle não as deixou nem sequer um momento, e que conservou-se constantemente de mente tranquillo.

14) Exemplo: o accusado afirma que Pedro deu-lhe tal objecto : Pedro nega o facto.



## ITT

Não podendo o juiz aahir dâ duvida, deverâ, no fim de contas, recorrer ao meio ordinario, e admittir <como verdadeira a vers&o mais favoravel ao accusado (15) (\*)

(15) E' o que prescrevem o Cod. bav., art. 295, e a Orden crkn. pruss. art. 39C.

(\*) Quanto à prova testemunhal, a seiencia e a legislação fizeram lullimamente notaveis progresses na Allemantaa. Todo o mundo reoonhpce cada vez mais que as testemunhas são os ouvidos e os olhos da justiça, e que é privar-se sem razão de um poderoso meio de Imanifestação da verdade, pronunciar-se contra ellas exclusôea muito namerosas. Ha 20 an nos apenas, a lei regeitava sempre, como émanai! do de pessoas incapazes de depor, a doclaração de individuos que, em razão de certas circumstanci§s particular»s, tinham contra ai uma presumpção gérai de falta de sinceridade, por exemplo, os parentes 'p'roximos e os condemnados, A lei tambem tinha decretado pres-|cripções coin o flm de déterminai' precisamente a força probatoria do depoimento de certas testemunhas, dos cumplices, da parte lesada, ect., Eats systema produzia graves inconvenientes. Os juizes, ads-trictos â-observancia de regras geraes e muitas vezes injustas pela sua propria generalidade, vião-se obrigados a não considerar sulfici-ente o testemunho, não obstante todas as circumstancias da causa convencerem-no de que a testemunha disse a verdade. As récentes leis, a Ord. crim. de "Wurtemberg (g 305), e a do ducado de Badem ( g 255), ta não f.izem distincção entre as testemunhas inhabeis e as classicaa. Os parentes proximos e os condemnados são ouvidos. Compete ao juiz decidir, se merocem on não crédite, ficando sem applicação as regras da antiga lei.

Aqui ainda se reproduzem os perniciosos effeitos do vicio capital da lei Allemã, o segredo e o processo escripto. As testemunhas são ouvidas â parte pelo juiz de instrucção, e ninguem sabe a que sugges-tões, a que perguntas insidiosas, promessas ou ameaças ficão ellas expostas. E\* pois do admîrar que o povo deixe de ter confianca na justiça do paiz! E' sempre cousa difficil reprodnzir fielmento o processo verbal da declaração das testemunhas ; ùma sô palavra de mais ou de menos pôde alterar-lho o sentido: e no entanto é somento nesta pei.a que os juizes devem apoiar a sua confiançr. e a Rpr'»ni": não podem, nem ver, nero ouvir, nom interrogar as testemunha para •Bclarecer as suas duvidas. Alem disso, nom todos os juizes da causa Itomão conhecimento por si mesmo dos autos do processo, allumas

vezfís mnito volumoso9; é nm juiz relator que lhes da conhecimento délie\*, e a expos lção que lhes faz constitue o unico fundamento da cortozza. Não conhccm nom a pessoa das testoniunlias, nom a forma do seu depoimento, nom a sua attitudo em juizo; fulta-lhes, pois, uma dus mais fortes garantias da sua fé nos depoimentos produzidos. São outros tantos motivos para o povo al le nião recusar a sua oonnança nos julgamentos lundados na prova testemunhal, e roclaraar abortamente o debate oral e publiée Kelizmente esta innovação foi finalmente introduzida pela nova lei badeza, (e tambem na Prnssia); dpve-so porem latisinar ter-se empregado somente meias ntedidas, como de ordinario acontece na Allemanha, por causa de excessiva timidez; e ter aido violado o principio da prova testemunhal *oral* pela dis-| posição que autorisa- a leitura, nos debates. dos depoimentoi produ zidos na instrucção preliminar, e emanados de testemunhas mortas depois ou impedidas por qualquer motivo. (*Nota manusc. do autor. J (Rm Franco, o presidente, em^virtude do seu poder discripçipiario, 'pàde tambem ordenur esta leitura a titulo de informâmes ; cotnpete porem aos jurados prestar-lhe fi ou não.)* (N. T. F,

\

FIM DA QUINTA PARTE.



## SEXTA PARTE

### Da prova por títulos e peças de convicção

#### CÁPITULO XLVIII

EM QUE COSISTE A PROVA POR TÍTULOS E PEÇAS DE  
CONVICÇÃO

Ha certos factos cuja prova no processo criminal se produz perfeitamente por meio de títulos e documentos materiaes. Por estas palavras (1), designamos ao mesmo tempo todos os objectes inanimados (2) , que por acaso vierem attestar a realidade de um acontecimento (3), e também todos aquelles expressamente creados para prova-los (em ultimo caso, a palavra titulo é torçada para uma accepção restricta). Entre estes meios de prova distinguem-se, os monumentos [*monumenta*] que são desti-

(1) Vide as investigações da sciencia moderna em materia de processo civil principalmente ; e sobretudo Gesterding, *Investigações e Soluções*, Iª parte, p. 245, — Vide também Gunther. *de Documenti notiones recte constituti*, Lipsi, 1830. I—III *Specimen*.

(2) Por opposição as testemunhas vivas e intelligentes»

(3) Exemplo : no lugar, em que tinham sido postas m/terias combustivcis, achou-se alguns pedaços de **pão** consumidos em parte, apagados há pouco tempo; provou-se que nesse lugar fez-se fogo.

nados a perpetuarem a memoria de um facto (4) ou a traduzirem e proclamarem, sob uma forma symbolica (5), um direito existente, e (no sentido mais restricto) os titulos propriamente ditos (*documenta*) cujo fim é verificar a realidade do facto (6) : destes, alguns torao prevîamente instituidos para servirem de prova para o futuro (7) ; outros vem dar certas explicações ou attestar certos acontecimentos importantes (8), pelo effeito do acaso, e sem que este fim especial tenha sido previsto. A prova por titulos, ou o uso que délies se deve fazer para a administração de prova, pôde variar muito no processo criminal. Ora o crime resulta do proprio titulo, de sorte que pela existencia de um se demonstra a existencia do outro (9); ora por uma confissao formai o accusado alli confessa ter commettido este ou . aquelle crime (10) ; ora é um escripto, donde se pôde inferir uma confissao tact"ta (11); outras vezes cou te m o tastemunho de um terceiro

\* (4) Os tumulos.

(5) Os marcos, as armas (brazões)

(6) Sobre a dilTeronça entre os monumentos é os titulos propriamente ditos vide Stagemann, *Dlssertações practicas*, 2ª parte, p. 125, Gunther, L. cit. Spec., p. II.

(7) Exemplo: as *obrigações assignadas*.

(8) Exemplo: uma carta amorosa, uma folha de album podem conter importantes indicações, e sem que a pessoa de quem procedem tenha tido a intenção de fazer um documento para o futuro.

(9) Em materia de *usura, de diffamação*.

(10) Exemplo: confessa a um amigo o facto i m put ado.

(11) Oonfessa-lhe que tem bastantem remorsos, na occasi&o do processo contra elle intentado.

sobre um crime de que foi espectador (12) ; ou finalmente trata-se alli de um facto que pôde fazer concluir a existencia do proprio crime (13), ou fomecer a certeza da culpabilidade do accusado (14). Quando se quer penetrar tua ecotiomia desta prova, ve-se que ella resulta do poderoso coucurso de diverses elementos de convicção. Um titulo é decisivo, por si mesmo, como objecte exterior, e» por sua propria natureza, como titulp ; a circumstaucia que faz com que a sua indicação tenha sido consignada de proposito e para o fim do conservar a prova, é por si so grave motivo para o juiz acreditar (14 a) naverdade do que enuncia : é racional suppor ter o seu autor usado de prudencia\* e circumspecção, quando nao se tratava de palavras sem alcance e lançadas ao vente. Em compensação, a experiencia tem demonstrado que a prova literal pôde ser coutrafeita e tornar-se uma cilada perigoza ; que a imitação da letra de outrem é uma arte facil, e que muitas vezes usou-se de um escripto habilmento falsificado e que se attribuia a uma pessoa que nao era o seu autor. Em relação à sua forma, as condições extrinsecas do titulo, devenons fazer duas observaçoes principaes (15) :

(12) Titius escreve a um dos seus amigos que foi testemunha do crime.

(13) Por exemplo uma correspondencia de natureza suspeita com um amigo.

(14) Borraduras, palavras raspadas nos livros de commercio.

(14 a) Bentham, *Tratado da Prova judiciaria* discute sabtamente o valor da prova littoral e os motivos que fan m dar-se-lhe crédito, I, p. 329.

(15) Vide, sobre a prova por titulos em materia cviminal, Reinhard. *De eo quod justum est circa probat. per documenta*. Erford. 1782.— Bochmero, *ad Carpzow, quant.* 114— Kleinschrod, nos *Ant. Arch. de Dir. crim.*, V, p. 3» artigo.— Rolin, de *Delictor. probat*, p. 94.— Car-mignani, *Dell i leggi délia sicureia*, IV, p. 167.—*Proc crim, comp.* cap. 98, 99, 184, 176.

1.\* Para conquistar a confiança deve ser produzido a sua *integridade* sem o menor vestígio de alteração ou de mutilação: se contém numerosas riscaduras, se linhas inteiras foram apagadas, se a metade do título foi dilacerada, este torna-se logo impotente ;

2.º Para muitos títulos (10) há uma forma obrigatória essencial sob pena de nulidade. Quando se me apresenta uma carta de sentença, um instrumento público, não estando a peça revestida do competente selo, e não tendo a assinatura do oficial público, considero-a sem valor.

Quanto ao título em si, adquirimos a convicção colocando-o sob as nossas vistas ; e, assim como na *inspeção ocular* o juiz confia nos seus sentidos e considera verdadeiros os objectos por elles mostrados, assim também, quando examinamos o título, a fé nos nossos sentidos nos convence que estas ou aquellas indicações, de que elle faz menção, estão effectivamente nelle contidas ; e de outro lado, feita a verificação de seus caracteres exteriores em relação as condições indicadas na lei, a reflexão nos leva a decidir, que o título tem por si mesmo direito à nossa confiança.

Mas a forma do título não é tudo ; também é importante o seu conteúdo . Ora deve conter em si mesmo o crime, ora relata factos que servem para provar como e por quem foi elle commetido ; outras vezes, *BO* se pôde delie concluir a existencia do mesmo crime. No primeiro caso, basta lê-lo para conhecer-se o que contém ; ou para que a delicto logo se revele, basta verificá-lo por meio de outros factos anteriormente provados (17), e que

(10) Vide também, sobre o mesmo assumpto, *Intam, Tratado das Provas* liv. 1, cap. VI, liv. IV cap. 1 c. 5º.

(17) Em mostrar a *verificação*.

se tornlo p/ratos de comparação. A convicção do juiz procede então tanto dos sentidos, como da reflexão. No segundo caso, a pro va por titulo regula-se como a das testemunhas. Considera verdadeiro o seu conteudo, quando tenho motivos para acreditar na pessoa, de quem elle einana. No titulo publico fio-me na imparcialidade do-official juramentado que o lavrou ; imagino que elle não podia ter attestado senfto a verdade. Ainda uma vez, o testemunho literal tira a sua força da probidade e do character doseu autor : quando este é digno de fé, refiro-me à sua declaração, e quando tenho présente um titulo que contém uma confissão, considero-o verdadeiro; se a pessoa que confessa deve tambem ser acreditada se fizesse uma confissão oral, a sua declaração é considerada com um testemunbo dado sobre si mesmo. Masconsideremos a questão sob um ponto de vista mais restricto; até que ponto, no crime, os titulos sô por si pôdem ter força probatoria, e motivar a condemna-ção (18) ? Quanto aô processo eswipto da Allemanha, força é reoonbecer que, em um sentido, os titulos s&o o principal meio de prova: o juiz definitivo jamais procede à inspecção neste caso ; nunca interroga as testemunhas e o accusado : as peça-s são-lhe transmittidas simplesmente, depois de ter o tribunal da informação encerrado o pro-cesso, e décide de conformidade com ellas (19) . A sua convicção apoia-se, pjis, sobre titulos publicos ; condemna

(18) Esta questão *toi* outrora tiramente controvertida. Vide, entra ôa advcrsarios du prova piooonstítuida, Farinacius, *lier. crhn*, quæst, 81.— Mascarius, *de Probat.*, qnæst. V n 14.— Clams. *Sent.* liv. V, g lin. quæst. SI.— Entre os da opinião contraria vide Mathœi, *de Crim.* lib. 48. n. 15 cap. 5.— Cremani, *Elem. jur. erim.* lib. 3. cap. 28, g 3.— Joim<s. *Tratado da justiça crim.* 1. p. 710—40.

(19) E' o qu« Hpffjter. *Tratado*, g 24. faz muito fonní ver

por tima confissao, pelo depoimento testèmh'al eon-  
signado nos autos ; e a confissao e o depoimento àao por  
elle " considerados verdadeiros, por que os termos do pro-  
cesso atteatao, que elles forao judicialmente s.  
Entretanto, indo-se ao fundo das cotisas, ve-se que o titulo nao  
é mais do que uma prova de prova, que, constituida  
regularmente, pôde, aos olbos da lei, ser toma-da eomo base  
da condemnação. O juiz condemna, nao porque os autos  
déclarera ter o accusado feito uma confissao ; mas porque a  
confissao tem em si certos caractères de natureza convincente.  
Propondo-se a questão nos seguintes termos : um titulo pôde  
convencer da mesma forma que a confissao ou o testemunho  
\*? O juiz pôde condemnar o accusado sô em face do titulo,  
independente da confissao directa ou do depoimento  
testemunhal t A resposta certamente sera negativa. (20) ; em  
todos os casos sem excepção, desde que um titulo é produzido  
como prora de um facto, a pretendida prova por titulo resolve-  
se Lem uma outra que a seu turno deve ser produzida e  
julgada conforme os principios que lue sao espèciaes.

1/ Se o crime réside no proprio titulo, é por meio da  
inspecção pura e simples que o juiz, lendo-o, se convence  
logo de sua existencia (21) ; ou então, nao satisfeito com as  
observações que\* os seus sentidos lhe transmittera, applica o  
raciooinio e a reflexao ao exame comparado da peça e dos  
outros factos da causa (22).

(20) Garmlgnani, 1. e. IV, p. 171.— Tiltmatin, *Manunl.* III, 507.--  
Reinhart, *Dits, cit.*, 9.— Kletnschroi, g 7.— Kitka, *Do eorpo de*  
*delicto*, p. 354.—Hoffeter, *Tratado* p. 625.—Abegg, *Curso do Prâcesso*  
*"crim.* Kœnisbei-g, 1833, p. 221!

(21) Exempta : acli a diffamaç&p no proprio libelle

(22) Exemple). quando procura a prova da fulsidade.



2.º Quando se trata de verificar ter sido o acusado o autor do crime, se o título contém uma confissão, sendo esta necessariamente extrajudicial, ignorando o juiz que circunstâncias a produziram, e não podendo apreciar o que pôde ter de sério, é mister concluir que não está completa a prova; que é necessária uma nova e categorizada declaração do acusado para dar ao título todo o efeito probatório. Se este se limita a atestar um crime cometido por um terceiro, tal testemunho não é suficiente. A testemunha para fazer fé deve «Levar em juízo e sob juramento; deve-se sujeitá-la a um interrogatório regular sem sugestões, e além disso, a convicção do juiz não pode formatar-se, se não ha *pelo menos duas* testemunhas. Um testemunho extrajudicial e escrito não dá garantia alguma: nada prova que a testemunha tivesse fallado depois de ter maduramente pesado as consequências das suas palavras; que estivesse livre de todo o constrangimento, de todas as insinuações estranhas. Se o título menciona simplesmente factos, que podem fornecer matéria a estas ou aquellas induções do juiz, a estas ou aquellas presumpções de facto contra o acusado (23), ou que concorrem para descobrir as suas intenções no momento, em que praticou o acto (24), as regras applicáveis então são as da prova artificial; a primeira coisa a fazer é verificar, se os factos, de que falla o título, devem

(33) Exemplo: uma carta foi achada, pela qual o acusado supplica à parte lesada; que não dê queixa contra elle, prometendo-lhe reparar o damno.

(24) Exemplo: algumas horas antes do assassinato o acusado escreveu a um amigo, que elle tinha a firme designação de se vingar.

II.

\*\*\*

ser considerados provados (25) ; depois examina-se quaes as conclusões, que podeni ser razoavelmente délies deduzidas.

Coino se vô, a prova preconstituída nao é mais ao que a prova pela confissão, pela testemunho, pelo inspecção do puiz, mas modificada ; modificaçãoBo entretanto importante na maior parte dos processos, e da quai as diversas legislações fizeram menção especial. Alguns textos das leis Romanas (26) mostram claramente que em Eoma algumas vezes a condenação era proferida à vista dos títulos. A Carolina nada diz a este respeito. Os doutores da antiga escola nao julgaram esta prova digna das suas elucubrações especiais (27), e entré as antigas leis criminaes, sô a da Baviera (28), tratou délia particularmente. Os códigos modernos são os que contam disposições regulamentares a respeito ; entretanto o da Austria esta longe de formular

(26) No exemplo acima convém examinar, se a carta contém uma ameaça real.

' (26) L. ult. C. de Probat.—h. 2, C. iur. app. Uat. non recipitur —L. 22, C. ad legem Cornet, de falsis.—L. 15, 0. de fide Instrum. (S)

(S) Sobre a primeira lei, vide a nota (S) à no 19 do Cap. 2, A "segunda diz expressamente que a condenação mesmo nos crimes capitais pôde ser baseada em títulos—*instrumentis probatis*— A terceira refere-se especialmente ao crime de falsidade, e diz que pôde ser provado pela comparação dos escriptos — A quarta diz terminantemente *que em juizo os instrumentos tem tanta força como o depoimento das testemunhas.*

(27) Vide-os autores citados na nota 18.

(28) Ordon. crim. de 1616, título IV, art. 3

uma theoria completa (29) ; o legislador seni duvida não julgou que os titalos fossem uma prova directe e indépndante (30). Sô quando tratou' da força probatoria dos *tUtulos publiços* (31), é que julgou dever eatabelecer algumas prescripções (32). A Orden. Crim. da Pruss. refe» re-se pura e simplesmente aos termos da Orden. da jus-tiça civil ; todavia, estabelece de passagein algumas regras particulares em materia de reconhecimento da assig natura e de comparação das letras (33). O Codigo Bavaro regulamenfca primeiro o processo, isto é, organisa os meios de poder o juia procurar os titulos, de reconbecer e verificar a sua sinceridade (34) ; depois détermina quai o seu effeito quanto a prova, mas satisfazendo-se em enunciar alguns preceitos applicaveis aos casos mais frêquentes (35) . A lei franceza taobem não estabelece sên&p ium pequeno número de regras abreviadas, indicando aojuiz da instrucção a pesquisa que deve fa-zer dos papeis, effeitos e peças de convicção (36) ; or-denao a sua apresentação ao accusado em audiencia

(39) Kittka, *Da Veriflcação do Corpo de Delicto*, p. 956— Von I-Zeiller, *Annuarios de Jurisprudencia*, II, p. 44.— Jenull, *Dir. crim. nu.it.*, IV. p. 99.

(80) Cod. austr., 1. parte, ait. 282, leUa E.

(31) Cod. austr. 1. parte, 406.

(33) Jenull, *Dir. amt.*, IV g 97. Kittka, 1. c, p. 254. 987.

• (33) Orden. crim. pruss., g 882, 884.

(34) Cod. bav., art. 246, 250.

(35) Ood. bav., art. 298 306\*

(86) Cod. do inrtr. en m., art. 87, 90.

•

publica (37), e estabelecem algumas regras para serem observadas no processo de falsidade (38). E' nos escriptores inglezes que se acha mais amplo desenvolvimento sobre a prova judiciaria (*Evidence*) ; em vão se procuraria nos escriptores allemaes e francezes os desenvolvimentos uteis, feitos pelos inglezes em relação à força probatoria dos diversos titulos publicos (39), taes como os actos emanados do Estado, as sentenças dos tribunaes ; em relação à\* força probatoria das diversas especies de titulos particulares, titulos antigos, etc, etc ; em relação finalmente à sua sinceridade e principalmente a comparação de letras (40). O Cod. da prova do americano Livingston (44) quanto ao assumpto é concebido no mesmo espirito, e reproduz nas suas disposições todas as idéas dos praxistas inglezes.

## CAPITULO XLIX,

### DAS DIVERAS ESPECIES DE TITULOS.

No civil distinguem-se os titulos em *publicos e particulares*; esta distincção tambem é applicavel em materia criminal. Entre os titulos publicos, classificão-se todos aquelles que, revestidos de caracter authenticico, forao

(37) Cod. do instr. crim., art. 329.

(38) Cod. do instr. crim., art. 448 e seg;

(39) Vide sobretudo Philips, *Tratado da Prova*, I, p. 316 577.

(40) As investigações de Bentham tambem tem auctoridade, | *Tratado da Prova Judic.*, II, p. 435»

(41) Vide, sobre esta lei, os *Arch. novos do Dir. crim.*, XII, p. 516, e seg.

lavrados por officiaes compéttentes segundo as regras determinadas, e nos limites de suas attribuições. Podem ser divididos :

1.º Escriptos emanados do Estado (1) ou das assemblons politicas reconhecidas pelo Estado, (2) ou, final-mente, de magistraturas publicas (3). Estes titulos tem ordinariamente por fim a declaração das vontades, as prescripções do poder reinante.

2.º Escriptos tambem emanados das autoridades relatando as medidas que tomâr&o, o procedimento que tiverao, as declarações que julgao uteis (4), ou entao referindo declarações sobre os acontecimentos de que os officiaes publicos tiverao conhechnento no exercicio de suas funcções (5). A' esta classe de titulos pertencem igualmente os actos judiciaes, e muitas vezes tambem os registros ecclesiasticos, quando as leis do paiz conferem ao clero os poderes de officiai do Estado civil, e quando os fac-tos relatados nesses registres nao sahem circulo das suas attribuições especiaes (6).

Antes de decidir da força probatoria de um titulo publico, ha uma distineção importante a fazer entre os fac-tos que o redactor do titulo pôde nelle attestar pela

(1) Exemplo : as leis, as circulares ministeriaes.

"(9) Exemplo: as resoluções votadas pelas assemblées do Estado, on pelas assembléas constitucionaes.

(8) Exemplo : as sentonças dos tribunaes.

(4) Exemplo : um processo verbal sobre um acontecimento e as consé-quentes medidas que so tomarão.

(o) Exemplo: as testemunhas referem-se a condneta de um individu >, on a sua presença em nm certo lugar.

(8) Exemplo s o titulo relata que A., casou-so «m tal dia.

sua experiencia pessoal (7)., e aquellesque elle sd por declaração de terceiro pôde consignar no escripto pu-blico (8). Se o facto que se tem de provar entra na primeira categoria, o titulo faz prova plena, isto é, o juiz é obrigado a considerar conio judiciariamente verdadeiro o aconte-cimento que o officiai déclara ter-se passado sob suas vistas (9).

Alem disso, os titulos publicos podem fornecer a prova, quer do corpo de delicto (10), quer de um dos indicios do corpo de delicto (11) e quer de uma circumstancia aggravante da pena (12) : ou contem so mente a prova de um facto, no quai pôde-se vêr um indicio contra uma pessoa (13/. "Provado que seja este facto, pôde tambem vir a ser favoravel ao accusado (14). .

Todos os outros titulos, quer os emanados de pes-soas particulares, quer os lavrados por pessoas publicas, mas

(7) Exemple : o ccelesiaslico pôilc coi'tilicar que baptisau A- em 35 de Junlio de 1800.

(6) Exemplo : recebe a declaração feita pela mai de ser A... o pai da cria n ça.

(9) Exemplo : o titulo prova que A. fez tal declaração em juizo.

(10) O accusado oommetton o crime de diffamação em plena auiaucia; disso se fez menção na sentença.

(11) Exemplo: os autos provão que A. fez sob juramento esta ou aquella declaração em juizo.

(12) Exemplo: o titulo prova qup. o accusado já foi con'demnado por outro crime semelhante, e que por consequencia esta em estado de rein-cidencia.

(13) Exemplo: o accusado, afim de transviar a justiça, deu informações falsa,s dn proposito.

(14) Exemplo : um homem é accusado de ter commettido um crime em B'rliin a 24 de Junlio de 1833, e prova que nesse mesmo dia em Vicnna foi iuter roxado ein juizo.

fora das suas attribuições legais ; todos os títulos públicos, enfim, carecendo das formas substanciaes, constituem escriptos puramente particulares, e cuja apreciação cahe na regra geral, não podendo provar a favor do seu autor mais (15) do que o faria a declaração verbal da testemunha fallando em causa propria. Em compensação os títulos particulares fazem prova contra o seu autor (16) (S). I

## CAPITULO L.

CONDIÇÕES EXTRINSECAS DA PRODUÇÃO DOS TÍTULOS - M

Quando se vai procurar em um título qualquer a prova de certas indicações que contem, cumpre, antes de tudo, considerar em que estado é apresentado.

1." Deve ser apresentado em original (1) ; por uma simples copia não se pôde julgar do seu verdadeiro estado; pôdem nella haver erros muitos prejudiciaes ao accusado, e alem disso, como chamar o autor do título original al dar explicações sobre a sinceridade da copia que nso é

(15) Exemplo : o accusado para provar que estava em diverso lugar, produz uma nota foi ta no seu livro particular- Esta nota não tem importancia alguma.

(16) Exemplo : um individuo e accusado de ter subtrahido sommas que lhe foram confiadas em deposito; e apresenta-se-lhe o seu recibo para provar que o deposito foi effectuado.

(3) O nosso Col. do Processo. quanto aos documentos, remita-se as prescrições dos arts. 92 e 97, deixando larga margem para a doutrina e consciencia do juiz. Alem destas, ainda ha a prescrição do segredo inviolavel das cartas, enquanto estão confiadas aos correios, Const. art. 179 S 5º. não podendo portanto servirem de prova enquanto alli estiverem. Sobre este ponto a jurisprudencia é uniforme.

(1) Klinschrod, I. c , § 10.—Tittmann, III, p. 511.

• \* -

escripta pelo seu punho (2)? Séria pois um erro julgar ser applicavêl ao processo criminal a regra do direito civil, que põe na classe dos originaes as Copias authenticas (3) ; pois que em materia criminal é a verdade material absoluta que se deve attingir ; deve-se remonta? até as fontes, • ir mais longe do que a copia (4) : se assim não fosse, o juiz, em lugar de cliegar a certeza, deveria contentar-se com a presumpção, de que o official publico, encarregado de concertar o titulo, cumprio a sua missao com todo o cuidado que ella exige. Sabe-se que as copias são de ordinario tiradas ao correr da penna, e quando não se pôde prever a importancia do papel que mais tarde têm de representar, e por «sso, é facil nellas commetterem-se erros : também acontece algumas vezes estar o crime no proprio original, o que não pôde ser conhecido pelo official que extrahe a copia : finalmente, a copia autentica não representa verdadeiramente o estado material do original. E' mister, pois, concluir que estas copias não constituem mais do que uma probabilidade, e que só o titulo original produz a certeza.

2.» o titulo deve ser apresentado na sua totalidade. Quando lhe faltão algumas partes (5) ; quando ha necessaria correlação entre elle e um outro titulo, de sorte que o seu verdadeiro sentido não se mostre senão pela comparação, não faz prova plena por si só ; do contrario, o juiz correria o risco de tomar por base da sentença uma interpretação completamente erronea.

(2) Benthaci, *Tratado das Provas*, liv. IV. cap. 8.

® Heffter, no seu *Curso de Dir. crim.*, g 625, parece ir longe de mais.

(4, Vide excellentes observações em» Kittka, *Do Ponto de facto*, p. 274, etc.

(5) Tittmann, *Manual*, III, p. 511. not. 5.



3.\* O titulo deve ser isento de defeitos ou de signaes de defeitos ; as raspaduras, as interpolações, as emendas e accrescimos farião acreditar que elle foi desfigurado (6). 12' mister que o juiz uão possa encontrar nelle qualquer vicio, cujo effeito directo seria uma presumpção de falsidade ; quando as explicações do accusado ou indicios de outra natureza dfio lugar a tal desconfiança, o primeiro dever do inquisidor é de attender para este ponto, esclarecer todas as duvidas, e verificar, se o titulo merece ou nao ser crido com segurança. Finalmente, convem aqui distinguir entre os titulos publiées e privados : quauto aos primeiros, o processo allemão differe muito do francez. Na Allemariha, quauto um titulo publico é afguido de falso inteira ou parcialmente (*Fäelschung, Verfäelschung*) é necessario ouvir primeiro o official a quem é attribuido ; pois este, melhor do que ninguem, pôde informar ao juiz, se elle é realmente o redactor da peça, e provar a sua veracidade ou falsidade ; mas devemos censurar a pratica frequentemente seguida, de se exigirem por escripto estes esclarecimentos : quando o déclarante transmitta o seu depoimento ao correr da penna, é possivel nao se explicar sufficientemente sobre certos pontos importantes, que o juiz não lbe pode indicar por nao estar présente ; as suas recordações podem não ser completas; pelo contrario, se o juiz devesse interrogar sempre verbalmente todos os que estao no caso de fornecerem informações uteis sobre o conteudo originario do titulo, a verdade manifestar-se-hia com mais segurança (7). No direito francez (8), quando se trata de

(6) Vide o *Proc. erim. comp.*, tit. 2, cap. 174.

(7) Vide as excellentes observações de Kiittka, I. c, p. 250.

(8) *Cod. de instr. crim.*, art. 18-161.

falsidade, o processo reveste-se de formas numerosas e especiaes (9). Quanto aos titulos particulares, devem ser ouvidos todos aquelles, dos quaes procède a peça, aquelles que, polos, proprios termes do titulo, parecem ter coope-rado na sua redacção (por exemplo as testeinunlias). ; finàl-mente,'todos aquelles que deviao te-lo visto,. se fosse ver-dadeiro, ou que, conliecendo o verdadeiro titulo, estão uo caso de indicarem em que diverge do que é apresentado (10), E" quasi sempre necessario uiu exame ; os peritos veri-fieao, se o titulo cotitem ou nao os caractères da verdade (11) ; comparão a peça em questao com outras reconlie-cidas verdadeiras (12), e. declarão, se a falsificação é pro-vavel ou certa.

## CAPITULO LI

### VERIFICAÇÃO DA VERACIDADE DOS TITULOS.

Para fazer plena fé, o titulo deve satisfazer a uma condiçfto essencial, "quai a veracidade, isto é, que esteja tao exacto e fiel como quauda sahio das maos de seu autor.

Quanto ao titulo puolico, a veracidade resulta do facto

(0) Legraveureud, Tratado, 1 voL, p. 559. — Carnot, Instrc. rrim II, p. 577

(10) Klittka.I, c. p. 201.

(11) Por exemplo, so ha raspaduras, se os sellos estão alterndos.

(12) Por exemple, quando se trata de livras de commeveio falsiKoaflos.

d« se achai\* revestido de todas as formalidades\* legais(1), independentemente de mais indagações ; o cumprimento destas formalidades constitui uma presunção jurídica ; salvo se o título emanar de oficiais públicos estrangeiros, pois que então cumpre examinar previamente, se se acha revestido de todas as formas exigidas pela lei do país em que foi redigido (2), para poder ser considerado título público ; e se são autênticas e verdadeiras as assinaturas dos oficiais que nelle apparecem (3).

Quanto aos títulos particulares, a veracidade é da mesma sorte exigida,\* quando delles se faz uso. Ella se prova ;

1.º Pelo *reconhecimento* do seu autor. Este reconhecimento equivale a confissão (4), mas, como tal, não faz plena fé, senão quando é feito em juízo e perante autoridade competente : somente esta formalidade pôde dar a certeza de ter a parte prestado seriamente as consequências da sua declaração, e de não ter sido, além disso, a confissão extorquida por meios ilícitos. O reconhecimento extrajudicial não pôde produzir mais effeito do que a confissão nas mesmas circumstancias. A confissão tacita, que produz pleno effeito em direito civil, porque

(1) Tapas Como o *sello*. as firmas de certas pessoas.

(2) Esta informação é importante; em cada país varião as formalidades; por exemplo» sobre o número dos oficiais ou funcionários que assignam o título, quando este deve ser assignado por muitos.

(3) Aqui a autenticação é indispensavel: o juiz não conhece a assinatura do funcionario estrangeiro.

(4) Cremani, *Elem. juris. crim.*, II. p. 110.— Kleinschrod, § 8— Stübel, *Diff. crim.*, § 10.— Or-lén- crim. pruss., § 383.— Cod. bav., art. SIX).

o processo civil admitte a desistência e a sentença proferida sobre simples presunções, não pôde ser applicada em materia criminal (5), como já dissemos em outro lugar. D'onde dimanam as seguintes consequências :

a.) Não pôde haver também reconhecimento tacito do titulo (9) ; e ao juiz não é licito assignar ao accusado uma dilação para dizer sobre o titulo, sob pena de ser este havido como reconhecido à sua revelia (7). (Que ali haja um indício, uma causa procedente de suspeita concedemos; mas reconhecimento tacito é cousa completamente impossivel ; em materia criminal, não se assignam termos peremptorios à manifestação da verdade ; não é sufficiente a verdade artificial e meramente presumida; além disso, só porque persisteu o réo no seu silencio, é forçoso concluir que o seu designio não podia ser outro senão reconhecer o titulo que lhe é apresentado ?

b.) Em materia civil é de regra (ao menos tera-se sustentado muitas vezes) que, reconhecendo alguém a assignatura de um titulo, também reconhece o conteúdo ; o principio não é applicavel ao processo criminal (8) ; o reconhecimento, quando muito, poderia formar uma presunção ; mas esta não supprime a prova ; e no caso de que se trata, quantos motivos alheios à intenção de

(5) Martin, *Curso de proc. crim.*, § 80, not. 14.— Compare-se o c. de Tittmann, *Manual*, III, P- 509-

(6) Vide o *Proe. crim. com/p.*, t. 2, cap. 175.

(7) O constrangimento é aqui inadmissivel. Vide -Hochboch, *fArch. novos do dir. crim.*, XII, p. 525.

(8) Consideramos por isso defeituosas as prescrições do art. 983 do Cod. pruss. e 302 do Cod. bav. >

aprovar o que esta escripto nHo podem determinar o signatario a assignar ? Podia acontecer ter elle assignado somente para marcar o objecto com o seu nome (9), ou ter dado a sua assignatura em branco, com um fim especial (10), da quai abusou depois um terceiro, encbendo o papel em branco com clausulas falsas e contrarias â intençaõ do signatario. Pinalmente, a assignatura podia ter sido surpreendida, introduzindo o titulo entre outros muitos que o signatario tinba de assignar, e com os quaes elle o confundio na precipitaçaõ com que assignou- Portanto, reconbecendo o accusado a assignatura, mas negando o conteudo do titulo, nSo se pode dizer que o seu reconbecimento comprebenda este (11); e o inquisidor deve antes de tudo investigar os moti-vos allegados e os signaes que provem ter realmente bavido abuso da assignatura em branco.

2.º A veracidade do titulo tâobem se prova por teste») munhas (12) ; e entre estas distinguem-se ; H

a.) As que presenciartfo a confecçSo do titulo, e o re-vestirao de suas assignatura s :

b.) As que assistirtfo aos preliminares do acto, ainda) que nao o assignassent ;

(9) Por oxomplo, muitos costumão assignar o seu nome om branco n»8 paginas do livros, contondo titulos que llies pertoncem.

(10) Acontece muitas vozes assignar um individuo o nome em branco n'um papel para n^lle so passar uma procuraçaõ, cuji formula ignora.

' (11) Vide as boas observacões de Stubel. g 1,051.—Volkman, *Curso do Mr. crim. saxon.*, II, p. 125—Hoffter. *Curso*, etc., g 625 not. 2. ■

(12) IvloimsceliroL g 5.—Stnbel. g 1032—1056.—Crotnani, *El'm. Juris, cfim.* III, p. 175.—God. prnsa-, 8,881 — Ood. bav., g 299.

&y As que podem dizer, se é ou não verdadeira a assignatura, por conhecerem a da pessoa a quem é attribuída

d.) Finalmente, as que depoem ter-lhes o autôv do título confessado ter sido elle o "proprio que o escreveu.

Nos dous primeiros casos, o título deve ser tido por verdadeiro, depondo as testemunhas era juizo e sob juramento, e não havendo razão para suppor um erro ou infidelidade premeditada nas suas declarações. No terceiro caso, os depoimentos só produzera uma leve presumpção; é muito facil o engano em materia de escriptos, e os proprios peritos, como se sabe, não podem affirmar senão probabilidades, quando dão o seu parecer • a vista das peças que comparão. No quarto caso, finalmente, ha completa analogia com a confissão extrajudicial, e por isso não pôde haver prova.

3\*º Na falta destes diversos meios, resta sempre o exame por peritos nas peças que comparão (13). Mas o emprego deste processo requer a maior circumspecção (14).

a.) Quanto aos escriptos, que tem de servir de termos de comparação e que devem ser entregues aos peritos, couve-nos que o inquisidor procure os realmente verdadeiros, ou por que o accusado os reconhece, ou por que são títulos publicos, e por isso não dependem do seu reconhecimento. O inquisidor deverá lembrar-se que a mão muda ordinariamente por causa da idade, que no fim de dez annos o talho da letra não se assemelha a maior

(18) Cremani. l. c., p. 173—Quistorp, *Prindyios*, g 708—KlAiiMchw-1, g 11—11—Tiltmann, *Manual*, g 848

(II) pluri[ia], n i sua obra—*Dn Prom ~iili* os«oltent:ô3 oxpliisações.

parte das vezes ao que se tinha antes ; para não tomar, pois, termos de comparação talvez falsos, deverá procurar escriptos da mesma época da peça em questão (15). Se, não obstante todas as investigações, não se acharem escriptos que incontestavelmente sejam de seu punho, convém fazer o accusado escrever, dictando o juiz (16). Mas aqui apparece um inconveniente : o accusado, prevenido do designio do juiz, altera muitas vezes o seu modo ordinario de escrever, e esforça-se em occultar a verdade ; e então o juiz procedera com acerto, fazendo-o escrever, antes que elle possa desconfiar do fim para que (17). E' taobem muito util que o escripto continha as principaes palavras que se lêm na peça, objecto da verificação (18) ; Mas é preciso não esquecer que o escripto actual do accusado pôde ressentir-se da perturbação que o agita nessa occasião, e que a forma da penna com que não está acostumado, os objectos que lhe são entregues, alteram frequentemente a sua mão (19).

(13) Geatërding. *Invetligafth* é *soluções* II. p. 414.

(16) Cod. de inst. rrlm. art. 461.—Klaimslirod, g 85.—Cod. bav.j art. 448.—Vide tambem as judiciosas observações de Kittka, I c, p. 265.]

(17) Por exemplo. podia-se ordinar-lhe que escrevesse a sua resposta [no processo verbal em lugar do escripto. (Em França os documentos que se usam de termos de comparação estão sempre separados do processo verbal de informações em auto especial.

(18) O bom inquisidor deverá formulâr os seus quesitos de modo que haja necessariamente repetição *das palavras que considera importantes* ;] de- pois pedir ao accusado a sua resposta por escripto.

(19) Pratobevera, *Dommmlos*, IV, p. 140.

■tffôlka'RDS peritos. é. cõissâ t&obem muitok<grave. Vé-se muitas vezes o inquisidor chaînai sem razao os professores de calligraphia do lugar : estes, se bem que muito aptos para decidirem da belleza do traço e da firmeza da mao, . nao o sao sempre para decidirem • da semelhança de dous escriptos. Os individuos, que por virtude de suas funcções lêm diariamente escriptos de todas as especies e têm frequentemente t>ccasiao de examina-! os profundamente, estao por certo mais no caso de esclarecerem a religiao do juiz (20).

c.) Depois de nomeados os peritos, e deprestarem juramento, entrega-se-lhes a peça em questao e os documentos que servent de termos de comparação e sao reconhecidos como verdadeiros ; em seguida, os peritos dao o seu parecer motivado e explicado, o quai é iiiserido no processo verbal.

£.- d.) No caso mais favoravel, isto é, declarando os peritos ' que a peça em questao é do mesmo punho que as outras, o seu laudo nao constitue certeza, mas somente uma probabilidade a favor da veracidade do titulo (21). Com effeito, a arte da verificacao dos escriptos nao se apoia em regras segmras (22).

O perito mais attento pôde eoganar-se ; os escriptos de différentes pessoas podem por acaso assemelhar-se muito ;

(30) Os euiprogados do registre os archivistas, os guarda-livros.

(21) Esto principio não é eon tes tact o mesmo no civcl. Martin, *Curso, etc.* S 211.—Lin te, *Curso, etc.*#289?

(22) Filangieri, *Sienza délia Législations*, lib, III, § 5.—Benthara, *Tratado das Protêts*. Uy. IV cap. II—Idem, *Ratiõnale, etc.* 111. p. 598.—Carmignanii IV, p. 175.



» a habilidade do falsificador pode, ' alem disao, ser tal, que consiga illudir completamente o melhor conhecedor. O parecer dos peitos nada mais é do que a expressao de uma opiuiiao pessoal (23); pdde constituir um indicio, mas não prova directa (24/.

4.º No cível, o réo [*no direito allemão*) pode repellir o titulo pelo *juramento negatorio* (*Diffmionseid*) \ sendo logo, é sem outra forma de processo, considerada a peça nao verdadeira ; mas no crime não pode ser assim (25) ; não ha ahi somente duas partes em presenca uma da outra ; e erraria quem dissesse que o juramento, tacita-mento deferido como no processo civil, pdde tâobem ser negativamente prestado, e produzir por consequencia pleno effeito ; séria facilitai' o perjurio : o accusado, para sabir de uma prosição difficil, negaria em todos os casos, e annullaria ao mesmo tempo as provas e o processo começado. Em resumo, o juramento negatorio é inadmis-siv'el pelos mesmos motivos que o juramento purgatorio (26,; contraria a marcha do processo da formação da culpa, e

(23) Kiltka, *Ic.*, gv67.

(24) Stubel, *Dir. cran*» g 1033.—Tiltmann, g SIS. - Heffter. g 635 e not. — Cod. pruss., g 38\*.—CoU. bav., g 300,

(25) Globig. *Theoria dos \$robabilidades*, 22, p. 230, — Stubel, *Dir. frim.*, gg 1032 e 2728.—Martiu. *Curso*, etc., g 80. not. 12. — Heffter, *Curso*, g G-»5, not. 2.

(Em França, mesmo no ci vcl, esta principio não pode ser admittido sein rastrieções ; alem disso não pode ser applicado senão aos escriptos au-tban ticos.)

(N. T. F.)

(20) Nu Àllemanha, na praticu, vô-se algamas vezes o juiz, deferir por sentença o juramento purgatorio ao accusado, com o fim de por elle repellir esta ou aquella peça corroborativa das presumpçSes contra elle.— Tittmann, *Mnnual*, g 500.

».

20.

impede-o de conseguir o seu fim, que é a verdade absoluta. Se a lei o autorisasse, muitas vezes o inquisidor, no momento de verificar a veracidade do título por meio da prova testemunhal, e da comparação de escritos, seria obrigado a suspender tudo e a ficar momentaneamente com os braços atados, por ter o acusado feito uma declaração falsa, não obstante seu solene juramento.

## CAPÍTULO LU

### DO EFEITO DO TÍTULO QUANTO AO SEU CONTEÚDO

Provando-se ser verdadeiro o título, convém examinar-lhe o conteúdo. O texto deve ser preciso, e claro o seu sentido; porque, assim como uma confissão ou um depoimento testemunhal em juízo fica sem efeito se se contradiz, assim também um título é inútil se é confuso o seu sentido, e contém numerosas contradições. Quando a obscuridade dos termos é o resultado de intenção expressa (1); quando o escrito é *cifrado*, adquire logo maior importância aos olhos do inquisidor: a sua própria obscuridade ou os caracteres enigmáticos fazem presumir que o seu autor se esforçou em ocultar particularidades que não queria sujeitar às investigações da justiça; convém então fazer-lhe perguntas prudentemente meditadas (2), e obrigá-lo a explicar-se sobre o sentido real dos termos, ou interrogar

**(1) Assim, é possível que o autor da peça não tenha querido que pessoas estranhas ao seu segredo soubessem o que só devia ser sabido pelos seus confidentes. Kleinschrod, I. t., p. 82.**

**(2) Por isso não se deve apresentar logo de uma vez a peça inteira ao acusado.**

as testemunhas que estejam mais ao facto das relações entre o acusado e a pessoa a quem é dirigido o escripto; estas podem fornecer uteis informações e muitas vezes dar a chave dos ditos caracteres (3). Sendo a peça escripta em idioma estrangeiro, o seu conteúdo deve ser verificado, para o do país em que se faz o processo de informação, e inserido nos autos. Este trabalho de versão requer homens fiéis e escolhidos e peritos: os de meia ciência poderiam induzir o juiz em erro. Devem sempre prestar juramento; e a sua tradução deverá ser mostrada ao autor do título original, para reconhecer se é ou não verdadeiro o sentido que lhe derão (é).

Quando fica demonstrado ser verdadeiro o título na sua forma e preciso no seu texto, é do conteúdo que depende o seu efeito no processo.

1. Elle pôde concorrer para a verificação do corpo de «delicto, quer o delicto consista na própria peça (5), quer - tenha sido nella effectuado (6), quer consista, final mente, no seu contexto (Ty, entretanto, ainda que o jura adquira a convicção da existencia do título só pela inspecção, é mister todavia que outra prova venha completar a manifestação do corpo de delicto; testemunhas ou outros títulos devem ser apresentados para provarem, na primeira hypothèse a falsidade total, e na segunda a parcial da peça ^

(3) Tittmumv, *itannual*, 11L p.. 512.

(4) Vido sobretudo Kitlka, l. c, p. 261).

(5) Por exemplo, quando se trata de passaporte falso.

(6) Exempta : o título é verdadeiro, mas as *somnias* foram falsificadas. . (7)

Por exemplo : no caso de libello diffamatorio.

ein questfto. No tereeiro caso, para que se demonstre o delicto, é preci30, de ordinario, produzir taobem a prova de algunia eircumstancia constitutiva e essencial, estranha completaraente â propria confecçfio do titulo. Tomenios para exempta o libello diffamatorio. Em um moraento de desespero ou de fervor poetico, o autoi\* de um libello lançou sobre o pape! pensamentos que nelle transbordavao, mas sem a intençSo de os divulgar, e sem mostrar o escripto a pes-soa alg-uma. Aqui, sob o ponto de fdsta juridico, o simples facto do escripto nfto basta para constituir o delicto de diffa-maçSo.' da mesma sorte quando um individu©, babil em imitar a letra dos outros, se diverte em falsificar uma nota do banco, que deixa no fundo da sua secretaria» sem manifestar desejo de fazer uso délia, ainda não ha crime (8); &6 a emissao reunida aos primeiros factos pro-vocarâ contra elle os rigores da lei.

2. O titulo taobem é efficaz para demonstrar quem é o autor do delicto; mas, como já. dissemos mais acima, eonsti\* tue então uma prova de prova, e a regra que décide da prova orig'inaria devè sô ella tambem decidir do seu valor-a). Se contem uma confissao, tendo sido esta extrajudicial, ainda. que o titulo tenba sido reconhecido, nao pôde autorisât a condemnação. Se o autor da peça reconhece que ella

(8) O God. bav. ostabelece perfeitamente esta distincção, art. SC5. (Em França, em materia de diffamação, a emissão é tambem necessaria; mas quando se trata de falsidade om escripturas, da fabricação de moeda falsa, etc., etc. o facto sô, independente da intenção, pôde alguma s A'ezes bastar para constituir um delicto. Ood. peu., liv. III, tit. 1 cap. III, secç. I, II, III. IV, V. VI, e as lêis ospeciaes sobre a imprensa cspecialmonte a do 17 de Maio de 1819.

(N. T. F.)

V (9) Exomplo : A. confessa o crime em uma" car ta escripta a um amigo.

## SOS

é verdadeira, mas ao mesmo tempo nega o crime perante o juiz, o título ntto é mais do que um indicio contra elle. Quando, pelo contrario, elle confessa emjuizo â-vista do titulo, ha entao confissao expressa e judicial, e a condemnação é a consequencia, baseando-se na confissao e não no titulo que, quando muito, traça os limites dent'ro dos quaes podem ser admittidos'os factos confessados. h). Se o titulo contem o testemunlio de uma pessoa que o reconhece verdadeiro, sera comtudo repetir em juizo o seu depoimento» nfto lia mais do que um testemunlio extrajudicial, sera juramento emanado de uma testemunha singular. que não pode fazer prova plena. Se, pelo contrario, o autor reproduz em juizo os factos por elle enunciados na peça, entao é o novo depoimento que faz fê, achando-se revestido das solemnidades legaes. c). Mencionando o titulo factos dos quaes se possa inferir a culpabilidade do accusado (10), sao elles que podem dar origem as presumpçOes, pela sua natureza, e por virtude da prova artificial. Se o titulo não é authenticico, os raesmos factos nao podem ser considerados provados; convem entao ver se a peça contem uma con- I fissao ou um testemunlio, e decidir segundo as regras an- ! teriormente citadas.» Muitas vezes a simples posse do titulo faz com que parem suspeitas sobre o possuidor (11); neste

(10) Em um processo do informaçOo por onvenenamenlo achou-so em cas» ão um pharmacoutico um bi.'helo no quai se pedla nrsenico. O pharmaceutico afflrmo que A. 3 ho tinha envlado ,estè bilhete, e que a ello tinta mandado a substancia venenosa. A. uegou ter oscripto o bilhete.

(11) A. possui cartas eseviptas pelo autor de uma conspīração de alta traioSo: todos os piano» são-lhe descoberlos, e de todas as cartas résulta que ha muito tempo existera volaçSes entre o que as eacreveo 'i o que as rppobfi-)-

caso o juiz indaga, se elle sabiaqueotinhaemseupoder, e con-  
que intenção elle julgou dever guarda-lo; intenção que muitas  
vezes não é condemnável. *d*). Se o título é produzido como  
prova de defesa, deve-se decidir segundo o principio geral,  
que, sendo o seu autor quem o produz, as explicações -que  
contem não podem fazer prova a seu favor ; todavia, si se  
provar que quando elle o escreveu não tinha em vista tirar  
della vantagem futura (12), ou desfazer previamente certas  
suspeitas (13), o título não poderá deixar de ter muita  
influencia no processo.

(12) Por exemplo com o fim de provar a sua estado outro lugar-

(13) Ver principalmente o Cod. bav., art. 802 a 306.

## FIM DA SEXTA PARTE

## SETIMA PARTE

Da pi'ova pelo concurso de circum-**stancias**.

### CAPITULO LUI

#### CARiCTER DA. PROVA CIUCGMSTAKCUL

Na maior parte dos casos, falhão os meios que nas idéas communs dao origem ao que se chaína prova natural; por outroa termos, nfto ha a inspeeçSo do juiz, a confissao, e testera umaas do facto. Maso espirito inrestigador do ma-gistrado, deve saber achar uma mina fecunda para o des~ cobrimento da verdade no raciocinio apoiado na experiencia, nos processus que applica ao exame dos factos e circums-tancias, que se encadeiao e servem de sequito ao delicto. Estas circumstancias sao outras t-autas testemunhas mudas (1), que a providencia paréce ter collocado em torno do crime, para fazer surgir a luz da sombra na quai o agent» esforçou-se em sepultar o facto, principal; sao como que um pharol esclarecendo o espirito do jui/ e dirigindo-o para vestigios cerfcos, que basta seguir para chegar à ver dade. A existencia destas testemunhas mudas é de ordinario

(1) Boatham. *Tratado dos Provae*, 1, UT.

ignorada pelo culpado, ou elle as considéra sem iraportanciaj  
aleni disso nao as pode desviar : os pregos da sola dos seus  
sapatos tralfem a sua passag'em; um botão per-dido uo lugàr  
do crime foroece um indicio véhémte: uma nodoa de  
sangue no seu fato attesta a sua participação no acto de  
violencia. Todas estas circumstancias servem de ponto de  
partidaa o juiz: a marcha ordinaria dos acontecimen-tos  
humanos lhe fornece analogias, e por inferencia conclue dos  
factos conhecidos para os que necessariamente consti-tuem a  
criminalidade. Como se vê, a prova chamada *artificiel* (2) ou  
*pelo concurso dos circumstancias* (3) é absolutamen-te  
indispensa vel em materia criminal, e maior parece ser a sua  
importancia (4) desde que se chega a comprehender  
exactamente a natureza da prova em gérai (5). E' erro sup-pôr  
que a inspecç&o do juiz, a confissao, o depoimento teste-  
niunhal, que todos os meios a que a opiniao dà a quaiifica-ção  
de prova natural, baseão-se na experiencia directa e pes-soal)  
e convencem melhor, por isso que o nosso espiritose déci-de  
entao sômente pela fé dos sentidos. Como já dis'semos em  
outro lugar, a convicção, em todos os casos, apoia-se em  
presurapções. Prestamos fé a confissao, porque nao po-demos  
suppor que um innocent se confesse culpado; o modo porque  
o réo confessa faz-nos concluir que real-mente commetteo o  
crime, se alem disso os factos prin-

(2) Vide mais acima cap. 16, *in fine*

(3) Esta expressão é usarla prinnipalmente pelos ant<w>s inglezes—  
Bantharra, *Tratado* 1» liv. V. — M., *nationale* III, p. 1. — Philips, *Da  
prova*, I, p. 135

(-1) Hainrotli, na *Revista de Hitiig*, a. 42, p, 257

(ô) Vida mais acima, cap. 11



cipaos sao verosimeis e concordão perfeitamente com os factos accessorios; fluálmente, sô depois de ternios por muito tempo comparado as circumstancias da confissSo com as já conhecidas é que decidimos com toda a segurança ter o confitente commettido o crime. Quando duas testemunhas deposer&o, aceitamos o sêu depoimento, porque consideramos veridico o de ambas, ou antès, por-que presumimos que *podêrão* ver e *quiserão* dizer a ver-dade, e .porque, fluálmente, as suas declarações estão de acôrdo com os factos já yerificados. Propriamente fal-lando é sempre a prova circumstaacial que motiva nos-sas decisOes : etn cada causa na sempre circumstancias que não procedem da observação pessoal, mas sim do seaso intimo, e que o espirito nSo pôde attingir senão raciocinando do conhecido para o desconhecido (6).

A' prova artificial (7) derão-se duas diffêrentes definiçOes. Em uma quiz-se comprehender todos os meios imperfeitos que contituissem a prova directa, satisfazendo elles a todas as condições legaes; na outra nSo ha mais do que a prova por via de conclusao de um facto certo para outro incerto. O primcito systema tem por base a *Caro-*

(6) Por exomplô, quanto â «loraonstração da intenção criminosa. — Vide tâobem Bayl, *Ensaio sobre o Dlr. «•£»?*, I, p. 211.

(7) Vide, sobre este assumpto, entre os antigos doutores, Blanchi, *dos Indicios Vonot.* 131".—Bruni Guido de Suzaria. *do Indicio* Lugd. lôlô.-MenocMus *de Præmmpt.* Colon. 1028- entre os modernos vide Nani.d\* *Indiciiseûrunq. usu.* Tic. ri- 1781—Pagano. *Logica de probabili applicata a giudizi crim.* Milan. 1806,- Zurhen, *Ensatos de Ugu-laçSo*, IL p. 41 Cirmignani» *dêlie Leggi*: IV, p- «6.

es) o. c. c, art. an, ai, sa.

*linã*, que consagrava, segundo se diz, a opinião (9) daquelles que classificam entre os indícios o depoimento de uma testemunha singular, ou a confissão extrajudicial. Mas os teimosos de que se serve a Carolina não tem aqui importância alguma; o seu autor quiz simplesmente indicar ao juiz, nos textos citados, as fontes mais ordinárias da probabilidade, e estabelecer um limite além do qual podesse ter applicação a tortura: ora, tendo antes declarado que esta não podia ser applicada senão no caso de presunção legítima, foi consiguiente declarando também que o depoimento de uma única testemunha e a confissão extrajudicial constituem a presunção legítima pela qual o juiz pôde decretá-la. Porém, tratando-se de definir precisamente as provas natural e artificial, torna-se ilógico, na linguagem científica, incluir na última espécie que differem totalmente dos *indícios* propriamente ditos; e com effeito, se um outro depoimento vem se ajuntar ao da testemunha singular, então já não há mais indício, há prova completa, sem que a natureza do meio tenha mudado. Em matéria de prova artificial, a questão a resolver é sempre a seguinte: a certeza será produzida pelo concurso das circumstancias, ou pelas induções «que delas derivam»? Mas o depoimento da testemunha singular, e a confissão despida de todas as formalidades que fazem a força da confissão judicial, não são circumstancias accessorias do facto principal; não podem ser denominados *indícios*, e o seu effeito se avalia segundo as regras da prova *composta* ( Vide cap. 92).

(9) Ranfl, *Da Prova*, p. 148. — Heffler, '*Curso de*', g. 628, classifica as provas juridicamente inautenticas em **uma** categoria que denomina *Indícios impropiamente ditos*

Assini restricta e fixada a prova artificial, de que  
 varaos tratar mais especialmente, applica-se a todos os  
 os casos em que, por falta da onfissao do réo, ou do  
 depoimento de testemunbas sobre o facto principal,\*» nao  
 resta ao juiz, para firmar a sua convicção, outro recurso  
 senao examinaí' em suas mutuas relaçoEs as circumstan»  
 cias accessorias, e tirar délias as inducçoEs, que contem  
 emgermen. Em materia civil ella admite duas grande divi-  
 isoes: ^j

1.º Muitas vezes a propria lei éleua certas presum-  
 pções & categoria de prova, e .obriga o juiz a considérai  
 verificados os factos principaes, desde que certos outros  
 estiverem provados.

2.º Outras vezes ella deixaa o juiz o arbitrio de decidir  
 em sua sabedoria, e de seguir as conclusões da sua razao  
 para firmar as suas convicções.

D'ahi derivão duas especies de presumpçoEs: as cha-  
 madas *legaes, prempUones juris*: as deixadas à apreciaaíj do  
 inagistrado *presumpclones hominis*.

JSm materia criminal nao pode haver presumpção lé-  
 gal (10); querendo a lei a manifestaç&o da verdade absoluta,  
 nao podia obrigar o juiz a tomar por base certos factos,  
 muitas vezes equivococ ; alem de que séria ar-bitrario, por  
 causa da multiplicidade infinita dos incidentes tao  
 complexos da vida -humana, applicar-lhes uma medida  
 sempre fixa; querer que estes factos pre-estabelecidos  
 provera necessariamente a existencia do facto principal, é  
 erigir em certeza probalidades muitas vezes enganadoras.  
 Concebe-se qíie no civil sejam não gordio assim cortado, pois  
 em uma situação delicada é talvez melbor

(10) Vi-lo aobreeaU questúo Cremaiii, *Elamjur. crim.* III, p. 140.

tomar por gtrias analOgias e a experiencia quotidiana da vida ; mas o mesmo nao se pode dar no processo criminal. E nem se diga que, concedendo-se ao accusado o direito de produzir a sua prova contra a da accusaçSo, tâobem se lhe dê todaa as garantias contra as pre'sump-çOes legaes; corn que direito se lhe impOe o onus da prova da defeza ? Alem disso, esse onus é perigoso, por-que se nao quer ou nao pode dar prova plena, a presumpçao légal se levanta contra elle com todo o seu rigor. No direito commuai allemûo é desconhecida esta presumpçao; nem mesmo a constitue o que ordinariamente se deve entender por *presû/nyptiio doli* (11).— Nao" obstante, certos codigos modernos (12) a admittirao algumas vezes, principalraente quanto à criminalidade e ao al eau ce da ntenção, e em materia de légitima defesa^ mas o legis-lador, guiado por um sentimento mais justo, ampliou quanto era possivel o campo da contra prova, e decla-rou nulla a presumpçao, quando existera- probabilidades contrarias; alem disso, como o inquisidor tem por dever investigar ex officio as circumstancias favoraveis ao réo, nao poderá, na maior parte dos casos, a presumpçao légal, assim limitada, exercer funesta inflnencia contra os interesses do mesmo réo.

#### CAPITULO LIV.

##### SYSTEMAS DAS DIVERSAS LEÛISLAÇOES EM MATERIA DE PROVA ARTIFICIAL.

E' natural que a prova baseada no concurso "das circumstancias repréente papel muito mais importante em

(11) Vide mais aciraa, cap. 16, e not. 17.

(12) Vide God. bnv., art. 41, 48, 44, 136.

toia a legislação que adopta o systema da accusação e das justiças populares, do que naquellas em que vigora o systema inquisitorial, e em que a sentença deve ser proferida por juizes regulares e letrados. No processo accusatorio as duas partes que luctao perante o magis-trado, esforçao-se, cada uma, em conseguir que as convic-ção deste lhe sej&o favoraveis : coraprehende-se que lan-ç&o mao de todos os meios para fazer pender a balança do seu lado, e impressionar profundamente aquelle de quem défende a sua sorte. A. prova que se deduz do argumente da impossibilidade do contrario, a pintura viva e dramatica dos incidentes que possam produzir a probabi-lidade das allegações feitas, tudo tem ahi importancia capital; e como juiz nao tem por missão directa, neste systema, provocat a confissão, e falem frequentemente testemunhas sobre" o proprio crime, segue-se que, ordinariameute, é a prova pelas circutnstan cias que décide de todo o processo. Alem disso nao se deve esquecer que aqui o povo é juiz ; o accusado nao se dirige a fria razabdos magis-|rado? regulares, mas si m aos sentimentos e a imagina-ção dos jurados ; e quando trata de obter os seus votos pela prova artificial, diminue sensivelmente a barreira que sépara a certeza da verosimilbança (1)

K O contrario aconteco no processo inquisitorial.-O caracte-ter deste processo é a incessante actividade do magistrado que yimos immovel no systema da accusação ; e esta actividade tem por fim a manifestaç&o da verdade absoluta; cada um dos movimentos do iuquisidor e do juiz definitivo é regu-lado pela fria e sa razao. Nos autos nao se encontrao pinturas vivas e que arrastem o eapirito ; é um corpo de documentes

I (1) Cav'vignani, I. c. IV, p. 177:

que c mister estudar maduramente, e apreciar pelas segras do bon» senso e da experiencia em materia de investi ga-çfto da verdade ; do quai, finalmente, devo einanar a cer-| teza eaj relação à iuiputação. Quem analysar a' uatureza da prova artificial, reconhecerá logo que ella pdde facil-mente dar lugar a duvida ; que é imperceptivel o limite entre as simples suspeitas e a certeza baseada nos in-dicios, e que o juiz tem inteira liberdade de faze-lo avan-çar ou recuar a seu bel prazer ; por isso, nao é de admi-mirar ver as legislações, em que domina o systeraa inqui-sitorial, concederem menos força a esta prova. Demais, neste systema, o fim principal é obter a eonfissao ; e sendo pclos interrogatórios que o juiz o consegue a maior parte das vezes, segue-se que os indicios, menos indispensaveis entao, sao postos em segundo lugar. Finalmente, por isso mesmo que o legislador institue juizes regulares, e forma para elles uma tbeoria obrigatoria da prova, preocupa-se mais com os perigos que a innocencia pode correr par causa da prova artificial; e parecendo-lhe que sô a prova natural pôde merecer toda a confiança rejeita inteiramente qualquer outra, ou nao a admitte senao com numerosas réservas.

Estas ligeiras observaçGes servem para ezplicar os seguintes factos bistoricos :

Em Borna, os indicios tinbão grande força (2) ; estudan-do-se nos autores classicos as particularidades que refe-rem (3;., ve-se-os applicar os processos mais conformes

(2) Mais tarde iniagaremos se, sob o imperio da lel romane n julgamento polia ser pronunciado por simples indicios,

0) PriBcipalwente Cicero «/(juiuliliauo.

com os Habites quotidianos da vida â investigação c as| couclusGes a tirar desta prova; e grande número de textos (4t) demonstrao perfeitamento quai a importancia que os jurisconsultes davao aos *argumenta* (5), *indicia* e aos *signa* (G) (7), O direito canonico poucos documentos fornece (8) ; em compeusação os praxislas da idade média dao já aoa, indicios lugar mais importante, e estndô principal mente a sua força probatoria. Construem catégories, sendo a principal a dos *indicia indubilata* (que nao

(1) L. 25, Cod. do PioOat—L. 3, Cod. *Quorum appellat. non reci-\ piant.*—h. 22, Cod. *ad Leg. Corn. de falsis* (S).

(S) Sobre a primoira Ici vide 4 nota (S) à nota 12, do cap. 2, A segundu diz, que o accasado pôde aer convencido *argumentis*. A ter. Cîira, tratundo especialmcuie do crime de fuisidade, tambem estatuo que pôde ser provado *argumentis*.

(5) Sobre o sentido du palavra *argumentum* vide *Inttit. orat.* V, cap. 10.—Vossius, *Continent. Rhêt.* lib. 1, cap. 2, n. 2.

(6) Por exemplo, a L< 25, 0. de *Probat.* (S). (S)

Vide a- nota (S) 4 nota 12, do cap. 9.

(7) Cod. Theodoa. Const., 3, IX, 37.

(8) C. 10, X, *de rerbor. sign.*; C. 2. 14, X, *de Prcesumpt.* (S).

(S) A primeira de H ne o que é prova e o que é argumento, e os [•distingue, accrescentando que p?lo argumento se chega 4 verdade por meio da investigação. A sigunda d4 como csemplo da presumpção véhémemente o caso do rei SalomSo, com as duas mulhercs que allegavão ambaa serem mães do uma criança. As provas no direito canonico foriio reunidas resumidamente por Lancelot. *Inst. Jur. Can. h.* 3, IT-. Il da forma scgûinte : *utputa confessione partium. depositione testium, instrumenta,-um exhibilione. jurisjurandi religione, inspection» judicis, notorietadi: rei. tuspicione tehamenti, foma atque aliis ad miniculls*

,stio seaão- um complexo, uma reuniao de muitos iudicios | mais  
véhémente) e acredit&o chegar por este modo facil- \* .mente a  
solução do problema. Finalmente,. estabelecem j divisoes de  
outro genero segundo as novas phases (9) em fi q»e os indicios  
parecetn, por sua natureza, fazer entrar \ 01 processus. As  
prescripções sobre a materia honr&o a Carolina : nellas se révéla  
o genio do Schwartzenberg, des té espirito. methodico, e  
formado na escola dos antigos logicos. Occupon-se (10) em  
dar aos j.uízos instrucções J complétas, em mostrar-lhes como  
devem procurar os indicios, e que partido se délie tirar délies.  
Ainda que véhémente e numerosos sejam, nao podem sô por si  
autorisa r a condemnação (11); mas podem autorisar a  
applicação da tortura (12). Demais, era rasoavel declarar ao juiz  
que-para a applicação da tortura nao dévia guiar-se por quai-quer  
presumpção, mas por um indicio legitimo (13? e dev.i-dameute  
verificado (14). Depois o legislador, para mostrar o caminho  
que deve seguir, enumera, sob a forma de

(0) Vide a este respeito *Angelu3 AtTetinus, de Mâteficiis, § Quod fama  
vublica*, ns. 10 o 29.; Gandinus, *de Maleficiis*, tit. *de Prcesumpti* Clams,  
*qucxst.* 20. ns. 1—8; Milloeua. *tract, -de Probat.* D. 08, 71.

(10) Tâbor, G. C. C *Analyste*, art. 18 e 24, nos seus *Tratat. juris.*  
i.ips. 1718, vol. II, p. 468; Tiltmn, *Historia do proc.. crim. ail.*  
p. 275. II

(H) C. C. C, art. 22. (12) G. O.

C., art. 20. (18) C. C. C. art.

20, 23.

(U) G. O. C. art. 23.

|,



ex<sup>^</sup>npīosī aTgutīs Indícios prineipaea, uns gērâês (15)7] outros especiaes a certos crimes (16).

Os preceitos da Carolina tornâro-se regras de decidîr para os doutores, e o escriptores que se seguirEo esforçao-se em tirar délies todas as consequencias. Estes preceitos forão sufficientes, em quanta Yigorou a tortura ; mas à proporção que esta foi sendo abolidn, foi-se conhecendo que a prova por indícios era tolhida por obstaculos podc-'rosos; é entao procurarão libcrtnr-sc délies a todo custo (por exemplo, por meio da pena extraordinaria).

As leis modernas da Allemanlia abolirSo défini tivamete a tortura : os seus autores, esperando tirar todo o partido possivel das récentes investigações da sciencia nesta materia, derão ao juiz instrucções complétas. Mas a idéa dominante era entao que se a prova natural pode com toda a segurança motivar a condeinnaç&o ; que a prova por indícios nao pode estar no niesmo nivel ; todavia, como houvesse perigo para a ordem publica, si se pro-hibisse em todos os casos pôder ella autoriser -a condem-nação, o legislador, para sabir do embaraço, voltou ao syâtema da pena extraordinaria, e declarou ser esta a unica applicavel no caso de existirem indícios, e esforçou-se em determinar rigorosamente sob que condicções estes poderiao dar lugar a essa condemnação. Tal é o systema seguido pelo codigo austriaco (17), que, alem disso,

(15) C. 0. C. art. 85, 37.

(18) C. C. 0. art.. 83, 84.

(17) Cod. pen da Austria, art. 412.— A lei muilo importante de C de Julho do 1833 (da quai fallaremos depois), meluorou conaidera-velrnetito este artigo.

enumera sob a forma de exemplos, para guiar *o* juiz, diversos indícios que declara suficientes.— A ord. crim. da Prussia também procede por via de exemplos (18), enumera os indícios de rectos ou proximos (19), e além disso decreta a pena extraordinaria, por mais vehementes e numerosos que elles sejam (20). Mas o Cod. bav., reproduzindo com fidelidade todas as noções até então admitidas pela sciencia, formulou o mais completo systema da prova por indícios, definindo-a (21) ; divide-a em diversas categorias ; enumera muitos exemplos (22) ; dá instruções aos juizes para a apreciação dos indícios proximos e remotos (23), e finalmente, exige o cumprimento de uma multidão de condições muito severas, mediante as quaes o tribunal tem a faculdade, no caso de concurso de indícios, de decretar todas as penas ordinarias, excepte a de morte (24).

Tal é também o -espírito dos projectos de lei do *Ha-nover* (25), e do- *Wurtemberg* (26), que derivão do Cod. bavaro.,  
\*.

(18) Ord. crim., art. 401.

(19) M., art. 398, 404.

(20) Id. art. 405. g 6.,

(21) Cod. bav., art. 308.

(22) Id., art. 310, 319.

(23) Id., art. 326, 327.

(24) Id., art. 328, 330.

(25) "Projecto wurtemberguoz, de 1830, art. 276, 289.

(26) Projecto hanoveriaoo de 1830, art. 236, 249.

Na França, onde domina o principio das justiças populares, comprehende-se que o Código da iustrução criminal não contenha nada de especial em relação aos indícios (27) ; mas na Inglaterra, onde talvez melhor se comprehende a verdadeira economia do jury, tentou-se, e com successo, conciliar as uteis prescrições de uma lei sobre a prova com a onnipotencia do jury. „Não se eu-contrão, é verdade, na lei ingleza estes preceitos formaes, a enumeração dos indícios que devem guiar o juiz, a determinação do seu número e de suas condições para fazerem prova, todas estas particularidades enfim que acabamos de apontar nas leis. da Alemanha ; não há necessidade de disposições tão restrictas e absolutas ; mas na jurisprudencia e na pratica dos tribunaes existem regras certas (28) em materia de prova e de prova artificial (29) : contudo, estas não provocam a attenção do juiz senão sob a forma de avisos ou de indicações, as vezes muito precisas. Em resumo, na Inglaterra reconhece-se que a prova circumstantial exige a maior circumspecção e prudencia, mas ao mesmo tempo se reconhece também que ella - pôde muito bem autorisar a condemnação (30).

(27) Vide a nota manuscripta do autor, cap. 61, *in fine*. Vide u. kOrd. crim. da Hollanda, que deriva do código francez, excepto quanto ao jury, que não adinthe. Resulta dos art. 310» 342 que os indícios são meios de prova, mas que o juiz deve usal-os com *extrema circumspecção*.

(28) Philips, *Leis da prova*, I, p. 155; Russel, *on Crimes*. II, p. 605;

(29) Bentham, *Tratado da Prova*. III, p. 1. faz excellentes observações sobre a prova circumstantial.—Vide também um artigo do *Law Magasine*, 14, p. 348.

(30) Ilme, *Commentario sobre a M escosseia*, II, p. 873.

## CAPITULO LV.

### DOS INDICIOS E PRESUNÇÕES. DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE INDICIOS.

Forma-se a prova artificial pelas consequências sucessivamente deduzidas dos factos; os indícios e presunções (1) são os meios da sua acção. O indício é um facto em relação tão precisa com outro facto, que de um o juiz chega ao outro por uma conclusão natural (2). É preciso, então, que haja uma causa de dois factos, um verificado, e outro não provado, mas que se trata de provar raciocinando do conhecido para o desconhecido (3) : aplicado ao processo criminal, o indício é o facto, circunstância accessória que se prende ao crime principal, e que por isso concorre para se chegar à conclusão, ou de ter sido cometido o crime, ou de ter nelle tomado parte um individuo determinado, ou de ter sido o crime consummado deste ou daquele modo. Em uma palavra, os indícios versam, ou sobre o facto, ou sobre o agente, ou sobre o modo do facto. Pela sua natureza, e como o nome o exprime (ênunciação), o indício é, por assim dizer, o dedo que designa um objecto (4); contém em si um facto indifferente,

(1) Estas expressões em fundo são synonymas ; os praxistas a o legislador as empregam indifferen temen te.

(g) Vide diversas definições em Globig, *Theoria dos Probabilidades*, II, p. 809; Tittmann, III, p. 547, Stnbel, *Do Corpo de Delicto*. g 248 ; Abegg. *Curso do Próc. crim*, § 132.

(3) Exemplo : achou-se no lugar do crime um fragmento da roupa de A : concluiu-se que A. por ali passou.

(4) Gmelin *Do Administ. do just. úrim. nos paquems Estados*, f. 86.

8e esta isolado (*b*), mas que adquive logo grande importância, quando o juiz o vê ligar-se a outro facto (6). Este, por seu turno (7), sendo assim descoberto, provoca, no curso do processo da informação, a atenção da justiça sobre certo individuo que, sem elle, continuaria a ficar occulto ; ou então, e pesado na balança da razão, na occasião da sentença definitiva, e contribue para firmar fortemente, as probabilidades da imputação. Neste momento, o juiz tem por guias as leis da natureza manifestadas e garantidas pela experiencia e pelo bom senso.

O indicio é tanto mais grave quanto mais certa parece a lei, a relação necessaria Antre o facto primitivo- e o facto conséquento desconhecido. Se esta relação se acaba plena-mente justificada pela experiencia ; se não se pôde admitir de modo algum outra conclusão ou outra interpretação, a consciencia do juiz declara-se satisfeita, e o raciocinio forma a convicção (8). Infelizmente as nossas conclusões apoiam-se quasi sempre em simples possibilidade : a relação que queremos ver entre os dois factos pôde não ser necessaria, e daí nascem as duvidas : pôde também acontecer que sejam -completamente nullas estas relações que

(0) Exempta : **ura individuo tem sangue** na roupa; lá tá **nui botão** ãl casaca de A.

G) **Mag** esta botão é achado no saugae empoçado ao pé **do cadaver** de B. **Nj**:-

(7) Nnsth **sontido, os indicioa forão denomlnadoa fontes de vérifiaçãGa indirecte/, Stub«L Dir. Crim. g 93G; vide, no aentido contrario, Abegg, Curso, etc., 3 182.** •

3) Exempta : **a graves prova evidentement\* a cohiibiUção.**

acreditamos muito facilmente existirem (9); que a circumstancia, que nos parece accessoria, seja inteiramente independente do facto com o qual a ligamos, e que a contemporaneidade, que nos abala, seja somente o effeito do acaso (10). Entre os dois factos, materia e indicio, pôde haver relação sob dous differentes aspectos:

1.º O facto primitivo prende-se ao crime consummado, no sentido de apparecer manifestamente como uma circumstancia da execução desse crime (11); ou, então, é uma relação somente phisica que existe entre uma e outra pessoa, e colloca necessariamente a primeira em posição de dar esclarecimentos que mais tarde serão efficaes para a manifestação da verdade (12).

2.º Os factos anteriores ao crime podem, só por serem ligados aos outros, fazer pesar a imputação sobre uma pessoa antes do que sobre outra (13). Esta distincção não deixa de ter importancia (14). Os

indícios da primeira classe autorisção

(9) Exemplo: A. passa ás 9 horas pela praça publica o ahi perde o seu anel ás 10 horas, B. é na menina praça assassinado por C.; fazem-se pesquisas e acha-se o anel de A. no lugar do crime.

(10) Exemplo: A. fez a côrte á mulher de B; depois de soffrer uma repulsa, deixa o paiz a 10 de julho; a 11, a mulher de B; é raptada por C.

(11) Exemplo: taes são a natureza, direcção dos ferimentos, instrumentos do crime, etc.

(12) A. dormio no mesmo quarto quo B. que pela manhã é encontrado assassinado no seu leito. Ou então, é achado em poder de A. o relógio furtado a B. na occasião em que foi assassinado.

(13) Exemplo: A. é achado morto, e B. tinha grande interesse na sua morte.

(14) Vide o *Proc. Crim. Comp.* do autor, I § 109; Klein, *Annaes de Jurisprudencia*, XXVI, p. 39; Kleinschrod, *Arch. novos do Dir. civ.*, VII, p. 56.

o juiz a Interrogar os indivíduos por elles designados; a pedir-lhes justificações (15), ou esclarecimentos, que, por sua vez, podem pôr o juiz era novo rasto na direcção do verdadeiro culpado (16), ou dar lugar a novas suspeitas a respeito daquelles mesmos que são interrogados (17). Os indícios da segunda classe só fornecem conclusões de possibilidade muito incerta e não autorisção a imputação directa; e do feito, sobre que poderia versar o interrogatorio da pessoa designada ? Nada se oppõe contra ella, de que deva justificar-se (18); o mais que o inquisidor pôde fazer, é ordenar que seja vigiado secretamente, afim de obter por este meio, sendo possível, documentos uteis. Resumamos: não justificar-se quando existem os indícios da primeira classe, é dar logo motivo para suspeitas; mas contra os outros não ha justificação alguma a dar, pois nenhum perigo pôde haver em não a produzir.

Os indícios tambem se dividem em mediatos e immediatos (19); estes dão uma conclusão directa em relação ao objecto que se terá de provar, sem que haja necessidade de atravessar uma serie de deducções intermediarias; aquelles fazem concluir a existencia de outros factos pelos quaes

(15) Exemplo: a pessoa interrogada dirá como obteve o relógio achado em seu poder.

(16) Exemplo: designa A. como tendo-lhe vendido o relógio

(17) Por exemplo, quando as suas respostas estão cheias de mentiras

(18) Exemplo: está provado que A. era inimigo de B., cujo cadaver é achado. Sobre que versar as perguntas do juiz a A.? Sobre a sua, inimidade com B.? Mas o que prova isso? Não se póde ser inimigo do alguém, sem pensar em mata-lo.

(19) Tittmann. *Manual*, p. 548.

se chega finalmente ao facto principal era questão (20). Estes ultimos são muito fracos e remotos, poisque só assentão em um encadeiamento de hypotheses successivas.

Algumas leis modernas dividem (21) os indícios em *anteriores*,



*concomitantes e posteriores* (22). Esta classificação tem talvez alguma utilidade na informação e em relação á investigação das proprias circumstancias accessorias (23); mas desde que se trata de verificar o valor legitimo, a força probatória dos indícios, torna-se completamente inutil (24). Um indicio concomitante não é mais forte do que o anterior ao crime; e quando se examina mais profundamente as cousas, ve-se que esta divisão carece de base solida; haverá muitas vezes arbitrio em classificar o facto antes entre os indícios anteriores do que entre os concomitantes ou posteriores (25).

O Codigo bavaro quiz dar ao seu systema uma importancia toda pratica (28), mas erroneos forão os seus calculos: póde

(20) Exemplo: A. aprova um crime. Dahi conclue-se que elle tem tendencias para commette-lo.

(21) Cod. bav., art. 340. — 312.

(22) Além disso esta divisão se interpreta de diversos modos. Zurhein, *Ensaio de Legislação*, II, p- 49.

(23) Abegg, p. 228, *Curso*, etc.

(24) Tittmann, III, p. 549.

(25) Exemplo: a presença no lugar do crime é um *indicio concomitante* nos termos do art. 311 do Cod, bav.; mas mesmo neste caso depende da hora em que foi commettido o crime, e sendo ella determinada, este indicio póde ser anterior concomitante ou posterior.

(26) Nos termos do art. 328, n. 1, *para que haja prova plena pelos indícios, é mister que estes sejam ao mesmo tempo anteriores, concomitates e posteriores.*

muito bom acontecer; por exemplo, que não haja indicio algum posterior, constante do processo (27), mas que haja todavia prova plena e vigorosa emanando somente dos indícios anteriores e concomitantes. Tambem se tem professado que os indícios são *geraes e particulares*; que uns podem existir em relação a todos os delidos, e os outros somente em relação a certos delictos especiaes: mas de que servem estas definições? Pois não é só o juiz que tem a faculdade de decidir, em cada causa, da existencia de certas relações entre os factos, e do gráo de prova que estas relações produzem na especie (*in concreto*) sob a fôrma de indícios?

Forão divididos ainda os indícios em *proximos e remotos* (28) mas tambem não ligamos a estas expressões grande importância (29); quando muito poderão ter algum interesse para o juiz instructor, a quem a lei impõe o dever de proceder a certos actos de, informação somente quando ha indícios *proximos*. Neste systema os indícios proximos dimanão de factos que accusão um individuo determinado, que fazem pezar as mais graves presumpções contra elle sem dar lugar a presumpção alguma menos desvaforavel (30); por indícios *remotos* deve-se entender, os que só dão materia para conclusões facilmente fallases; os que dão lugar

(27) Exemplo: quando o accusado foi preso logo depois do crime consummado.

(28) Ord. crim. da Prussia, § 398, Cod. bav., art. 327.

(29) A C. C. C., art, 27, 30, 31, 43, não falla senão em indícios *racionaes ou sufficientes*.

(30) Os autores manifestão opiniões diversas sobre este ponto: V.



a presumpções directamente contrarias, ou mesmo á simples possibilidade de um facto plenamente justificativo. Em todos os casos, as probalidades se contrabalançam. Mas na pratica esta classificação dos indícios é puramente arbitraria (31); não se póde dizer previamente que este ou aquelle indício, resultando de um facto isolado, possua força sufficiente: esta só mais tarde póde ser determinada pelas circumstancias particulares do facto e pelos esclarecimentos da pessoa designada: e alem disso, analysando-se a natureza do indício chamado *proximo* (32), ver-se-ha que elle procede, como qualquer outro, do concurso de muitas circumstancias e do cumprimento de certas condições, sujeitas como sempre á apreciação do juiz (33).

Finalmente, os indícios se dividirão em *legaes* (34) e não *legaes* (35); com effeito a Carolina e posteriormente algumas leis modernas enumerarão certos indícios sob a fôrma de exemplos para o juiz : mas esta divisão somente a citamos por memoria, porque na pratica não tem utilidade. A designação dos indícios, sendo feita pela lei somente para servirem de exemplos, de modo algum póde ser limitativa, poisque aquelle,s de que o legislador não falia, podem ter em certos casos igual vigor.

(31) Em Tittmann, *Manual*, §§ 868 – 873, se encontrará uma enumeração bem completa. — Vide tambem o *Proc. crim. comp.* II, cap. 181. in fine.

(32) O Cod. bav., art. 327, exige o cumprimento de grande numero de condições para que possa haver indício *proximo*.

(33) A Ord. crim. da Pruss., art. 398, n. 4, classifica entre os indícios proximos o facto de um indivíduo, *que se póde suppor certamente capaz de commetter o crime, ter feito a ameaça de o commetter pouco antes da sua perpetração*.

(34) Não se trata aqui da *proesumptio juris*.

(35) Abegg, *Curso*, etc., § 134.

## CAPITULO LVI

### INDICIOS DA INNOCENCIA. CONTRA-INDICIOS

Assim como, tratando-se da prova chamada natural, o juiz deve examinar e pesar as provas produzidas por ambas as partes, assim também, tratando-se de apreciar o valor das imputações resultantes dos indícios, é mister considerar attentamennte todos os factos de ordem opposta; só comparando-os com os indícios accusadores é que se póde decidir da existencia e da gravidade das imputações (1). Os factos deste genero são de duas especies (2): uns obstão absolutamente ou ao menos difficilmente permutem attribuir o crime ao accusado (estes factos tomão muitas vezes o nome de *indícios da innocencia* ou o de *contra-presumpções*); os outros chegam, por via de conclusão, a abalar fortemente os indícios contra o accusado, fornecendo a este a explicação muito favoravel dos factos que parecião correlativos do delicto, e davão lugar ás suspeitas. São denominados communmente



*contra indícios*; de ordinario podem ser produzidos em face dos indícios, qualquer que seja a sua natureza (3); quer no caso em que ao juiz, que prudentemente investiga todos os casos possíveis, pareça que só o acaso presidio aos acontecimentos, e collocou o accusado, sem que este tivesse para isso concorrido, na situação critica em que se acha (4);

(1) Art. 28 C. C. C, Vide o *Proc.crim. comp.*, cap. 179.

(2) Vide as diversas definições em Bauer, *Curso* § 162; *Feuerbach Curso, etc*, § 561; Stubel, § 993; Henke, *Tratado, etc.* § 129.

(3) Bentham, *Rationale of Evidence* 111, p, 35, etc.

(4) Os exemplos são aqui numerosos

quer no caso de parecer presumivel ter sido essa situação arranjada por um terceiro, somente para desviar as suspeitas (5); quer ainda no caso de ter o proprio accusado feito pesar sobre si as suspeitas (6), sem malicia, e do modo o mais indifferente. Outras vezes os contra indícios assentão sobre um ou muitos factos determinados, mesmo sobre os da accusação, e demonstrão, ou que a relação existente entre a pessoa accusada e o delicto pôde explicar-se do modo o mais satisfactorio (7), ou que se fez uso legitimo do objecto (8) cuja posse parecia suspeita á primeira vista, ou que já não existião no momento da perpetração (9) os factos constitutivos da presupposta relação entre a pessoa e o delicto.

As contra presumpções differem dos contra indícios: ellas tendem a provar que não é crível ser a pessoa accusada capaz de commetter o delicto (10); ou então os factos nos quaes ellas se apoião provão que a dita pessoa não

(5) Exemplo: A. poz arsenlco no armario de B. depois de envenenar C.

(6) Exemplo. A. innocente, temendo ser accusado, muda a posição de um objecto.

(7) Exemplo: A, possuidor do objecto furtado, prova que o comprou a B. Vide o art. 33, C. C. C.

(8) Exemplo: A. demonstra que empregou arsenico em matar ratos.

(9) Exemplo: A. prova que já não havia inimisade entre elle e a victima.

(10) Exemplo: o accusado até ahi não teve nodoa na sua vida.

tinha, nem a faculdade (11), nem a capacidade (12) sufficientes para poder commette-lo; que nenhum motivo o levava a isso, ou mesmo que os seus interesses o impellião no sentido contrario (13); que a sua constituição não deixa suppôr ter podido triumphar das difficuldades que deveria ter encontrado na execução do crime (14). Algumas vezes os factos donde procedera consistem em actos pessoaes do accusado, e difficilmente se concilião com a existencia da culpabilidade (15); outras vezes, finalmente, os factos demonstrão que, estando o accusado ausente do lugar, era impossivel que commettesse o crime (16).

## **CAPITULO LVII**

### **INVESTIGAÇÃO DOS INDÍCIOS**

Tendo o inquisidor a expressa missão de procurar todos os documentos que podem auxiliar a manifestação da verdade,

deve primeiro investigar os factos que servem de base aos indícios, e depois todos aquelles cuja existencia verificada permite determinar o valor dos primeiros.

- (11) Exemplo: o accusado não tem a força physica necessaria para consummar o crime.
- (12) Exemplo: para consummar o crime, ora preciso ter aptidões technicas que o accusado não possui.
- (13) Exemplo: o accusado vivia dos beneficios daquelle que foi encontrado assassinado.
- (14) Exemplo: no caso de estupro.
- (15) Exemplo: aquelle que se julgava ter incendiado foi justamente quem o apagou com o risco da sua vida.
- (16) Nesta categoria é que se inclui a allegação de ausencia.

Uma operação do espirito preside e esta investigação: por isso tentou-se sujeitar todos os indícios a certas leis geraes que servissem de guia segura para o juiz (1), mas não vemos a utilidade disso, desde que só se trata de recorrer as mais das vezes ás regras do pensamento e da logica exclusivamente. Alem disso, não se pôdem descobrir todas as leis possiveis da natureza e do espirito, e entre as reconhecidas como se pode fazer uma classificação que não seja puramente arbitraria? O immenso campo da experiencia se abre inteiramente diante do inquisidor, e se elle for habil, não se transviará. Indagará primeiro que circumstancias accessorias podem cercar o facto principal: muitas vezes aquella que parece mais indifferente e, por acaso, precede, acompanha ou segue o delicto, adquire maior importancia no espirito das pessoas exercitadas; e de feito, a experiencia lhe demonstra que ella tem a sua origem nas leis naturaes e nos motivos ordinarios das acções humanas.

O inquisidor então procede por via de analogia, e reconstrue, conforme estas mesmas leis, as relações a principio desconhecidas, que ligão o accessorio com o principal, ao qual chega como se fosse levado por um fio-conductor. O homem, na apreciação dos factos, remonta sempre aos casos que a experiencia lhe mostra serem analogos (2) examina todos os casos possiveis, por mais remotos que sejam; a sua razão, procurando um ponto de apoio solido,

(1) Globig, *Theoria das Probabilidades*, 1ª parte, p. 59; *Feuerbach Curso, etc* 54); Martin, *Lehrh.*, §§ 84, 90; Stubel, *Dir. crim.*, § 939.

(2) Gennell, *Dir. crim. austr.* IV, p. 131; Friedrich, nos *Annuarios de Zurheiu*, 11, p. 47.

compara, constantemente os factos verificados com as hypotheses que imagina, e esforça-se em descobrir quaes as probabilidade que lhes podem dar corpo. As relações de causa a effeito são as que principalmente attrahem nossa attenção; julgamos que os acontecimentos são regidos pelas mesmas leis, quando as circumstancias são identicas; e quando os factos prestão-se a conclusões de analogia, o nosso espirito logo se propõe a tira-las.

Em materia de delictos, o inquisidor deve fazer a si proprio as duas

perguntas seguintes (3):

Algumas das circunstancias particulares que acompanham o delicto designam um individuo, como estando em qualquer relação com o facto principal ?

A imputação pode ser precisamente attribuida a um individuo determinado ?

Para a solução destas questões, convem:

1º Verificar quaes os objectos achados no lugar do delicto depois de commettido, e que ahi não estavam antes (4); porque o possuidor destes objectos esteve provavelmente presente no momento em que o facto se passou;

2º Examinar as pegadas, assim as que se dirigem para o lugar do delicto, como as que d'elle se afastam; ellas muitas vezes contem signaes particulares (5) d'este ou d'aquelle individuo é que fazem logo nascer suspeitas contra elle; outras vezes tomam a direcção de diverso lugar, para onde parece ter ido o culpado.

(3) Vide o *Proc. crim. comp.* t. 11, cap. 129.

(4) Exemplo: um anel, que não pertencia á victima, foi fichado ao pé do cadaver

(5) Exemplo: as pegadas attestam que o calçado daquelle de quem ellas provem, tinha pregos dispostos de certo modo.

3º Investigar, se, antes do crime, houve entre, certo individuo e a victima taes relações (6) que o habilitem a depor a respeito de circunstancias importantes;

4º Se os objectos que estavam no lugar do crime (7), quando este foi commettido, estão ou não actualmente em poder de alguém e de quem;

5º Se os signaes e vestigios, que demonstram a presença de alguém no lugar do crime, acham-se, ou não, na pessoa do certo, e determinado individuo (8);

6º Finalmente se os actos deste mesmo individuo podem ou não ser considerados como preparativos do delicto, ou como meios para o perpetrar (9)

Quanto á segunda questão: *o crime deve ser attribuido a um individuo determinado?* o exame do juiz versa igualmente sobre numerosos pontos.

Indagará:

1º Quaes as pessoas cuja vida má e desordenada (10) pode fazer acreditar serem, ellas capazes de commetterem o crime?

2º Quaes os que, pelo conhecimento especial de circunstancias

(6) Pouco antes do crime, um individuo achava-se no quarto da victima.

(7) Os objectos furtados. — Vide o art. 43, C. C. C.

(8) Taes como as manchas de sangue.

(9) Exemplo: a compra de veneno.

(10) Bentham, Tratado, etc., III, p. 190.

(11) Exemplo: o facto foi consummado por meio da abertura das fechaduras habilmente praticada, e o accusado possui a habilidade necessaria para esta operação.

(12), que não se podia absolutamente ignorar para commetter o crime, eram os unicos que podião te-lo perpetrado?

3º Quaes os que tinham motivos particulares para commette-lo (13)?

4º Quaes aquelles cujo procedimento anterior ao facto (14) provou não terem sido estranhos á idéa do crime?

5º Quaes os que se mostrarão curiosos, antes do crime ter sido perpetrado, de saber destas ou daquellas particularidades (15) muito importantes para o que tivesse resolvido commette-lo?

6º Quaes os que, depois de commettido o crime, e com motivo suspeito, tentarão desviar as pesquisas da justiça (16), ou impossibilitar o descobrimento do crime (17)?

7º Quaes aquelles cuja conducta revela o receio de ver o processo contra elles instaurado (18)?

(12) Exemplo: A. era o unico que conhecia o lugar em que B, escondera o seu ouro.

(13) Bentham, Tratado, etc. III, p. 182.

(14) Exemplo: A. foi visto uma vez lançando-se sobre B, que mais tarde foi assassinado

(15) Exemplo: A. perguntou em que lugar B. guardava o seu ouro e que direcção tomou.

(16) Exemplo: espalhando falsos esclarecimentos, ou falsos boatos.

(17) Exemplo: destruindo todos os vestigios do crime.

(18) Exemplo: a pessoa que, pouco antes, estava na mais completa miseria, e que de repente entrega-se a loucas despesas.

8º Quaes os que se achão, depois do crime, em uma situação que só pode explicar a sua participação no mesmo crime (19)?

9º Finalmente, quaes aquelles, cujo aspecto trahe a inquietação e o remorso (20)?

Em todos os casos precedentes, o facto, que attrahe a attenção do juiz sobre um individuo, serve de base ou ponto de partida do indício; mas, para que d'ahi resulte um estado de suspeição real, é preciso descobrir uma serie inteira de circumstancias accessorias (21) cujas coincidencias venhão firmar as convicções do juiz (22); e é o que a propria lei reconhece pela definição que dá de indícios (23). As ameaças, por exemplo, constituem um indício, como nella se declara (24); mas comprehende-se que toda a manifestação ameaçadora não gera suspeitas. E' mister saber, se as palavras do accusado forão serias, se revelão proposito profundamente enraizado; ou se forão pelo contrario o simples resultado de um assomo de colera cega e irreflectida: convem tão bem saber, se o réo é homem que medite friamente e pese habitualmente o que diz, executando os seus designios

(19) Exemplo: a pessoa que procura por toda a parte o offendido, para com elle transigir.

(20) Exemplo: a pessoa que foje.

(21) Vide o *Proc. crim. comp.*, t, 2, cap. 178, n. 3.

(22) Bentham, *Tratado das Provas*, I, liv 5 cap I.

(23) A Carolina por exemplo.

(24) Compare-se o art. 33 da C. C. C. com o art. 310, n. 2 do Cod. bav.

uma vez que os concebeo, ou se é leviano, e não vingativo; finalmente cumpre ver, se a ameaça versava sobre o proprio crime ou sobre um crime analogo, e se precedeo muito ou pouco ao delicto. Em resumo, quando se quer apreciar bem o valor dos indicios, deve-se investigar com cuidado todos os factos que influem na decisão que se tem de proferir, todos aquelles que augmentão ou diminuem as probabilidades; e depois de colhidos estes factos, compara-los com o facto que serve de base ao indicio (25). Quanto mais profunda fôr a experiencia do juiz, tanto melhor poderá imaginar todos os casos possíveis e discernir as mais pequenas circumstancias; quanto mais desenvolvidas forem as suas. faculdades de observação, mais madura a sua intelligencia e mais exercitado o seu senso logico, tanto mais solido será o seu juizo quanto à apreciação dos indicios.

Em todos os casos o seu valor se deduz (26):

- 1º Do facto que lhe serve de base;
- 2º Dos dados da experiencia, por meio dos quaes liga-se o facto provado com um outro que se tem de provar por via de inferencia;
- 3º Da natureza das relações existentes entre o facto conhecido e aquelle que se trata de provar;
- 4º Do modo de applicar os resultados geraes da experiencia ao facto em questão;
- 5º Da possibilidade de explicar as relações dos factos de modo a fazer desaparecer as suspeitas, e por consequencia das justificações do proprio accusado;

(25) Bontham, Tratado etc. I, cit.

(26) Vide o *Proc. crim. comp.*, t. 2, cap. I88; e Kleinsebrod nos *Archiv. novos do dir. crim.* VII, p. 63.

6º Do character e genero de vida do accusado;

7º Da maior ou menor certeza de ter sido realmente consummado o crime, cujo autor se procura.

Tratemos de cada um destes pontos principaes:

1º E' evidente que um indicio fica sem valor, se o facto, no qual assenta, não é completamente certo (21). Para do facto de ter sido encontrado o anel de A. no lugar do crime poder-se concluir ter sido A. o autor deste crime, é preciso suppor que o anel lhe pertencia positivamente; ora, faltando esta prova, o indicio deixa de ter base. Todos os meios de prova applicaveis ao facto principal, são tão bem applicaveis, sob certas condições da lei, aos factos geradores dos indícios (28); mas poderão estes tão bem ser verificados pela prova artificial (29)?

Sustentar a negativa seria voltar ás antigas idéas que não admittião jamais os indícios como fazendo prova plena; seria esquecer que d'entre elles alguns não assentão em um facto material; mas podem, em fundo, provir de uma origem totalmente methaphisica; e que para se os deduzir dahi, é mister considerar uma serie inteira de factos complexos (30).

2º Em todo e qualquer indicio somos guiados por um principio de experiencia (ou, si se quizer, por uma lei

(27) Abegg, *Programma do Curso do Processo crim.* c. p. 42,— Tittmam, *Manual*, III, p. 552.

(28) Uma testemunha singular, pois, ordinariamente não fará prova

plena.

(29) A ord. crim. holland, de 1830, art. 332 declara quaes as provas que são applicaveis aos indícios, mas é rigorosa em regeitar a prova artificial.

(30) Por exemplo: quando se trata de provar a inimidade.

da natureza ou do pensamento); o poder deste principio faz a força do indicio. Quando nos apoiamos era uma serie não interrompida de experiencias positivas, parece-nos que podemos, com toda a segurança, de um facto, que sempre vimos cercado de iguaes circumstancias, concluir para outro, seu correlativo necessario, e cuja não existencia tornava aquelle inexplicavel. Donde se segue, que os indícios baseados nas leis da personalidade humana (31) são mais fallaces do que os que derivão dos factos da natureza physica (32); não é possivel sujeitar as acções do homem a regras absolutas: nos individuos, por toda a parte, reina a maior diversidade, e seria loucura querer determinar as causas, muitas vezes insondaveis, deste ou daquelle phenomeno que apparece na sua pessoa.

3º Quando se reflecte que certo facto, que julgamos servir de materia para o indicio, muitas vezes deve realmente ser considerado isolado (33); quando se diz que só o acaso o approximou de outro, não nos decidimos, senão com extrema reserva, a declarar que se prendem intimamente um com o outro. A razão exige (34) que circumstancias especiaes venhão como que attestar a supposta relação. Estas circumstancias são os anneis da cadeia que liga o

(31) Vide, sobre as inducções que se podem tirar da conducta dos homens, Bentham, *Tratado*, etc. III p. 249.

(32) Por exemplo: está pouco mais ou menos reconhecido que um individuo, sabendo da morte de outro que lhe é caro, não manifesta a sua dôr por frases ou declarações alambicadas. Ora se um marido, que encontra inopinadamente o cadaver de sua mulher, ha pouco assassinada, entrega-se a exagerações desta natureza (ainda que o facto seja de notar) seria prudente, só por isso, dar grande importancia, e conceber suspeitas?

(33) J. Tausch *Causas jurídicas*, Vienna, 1832, I parte. p. 225.

(34) Bentham, *Tratado*, liv. V e XVI.

facto conhecido ao desconhecido. A. até aqui jazia na miseria; de repente regorgita de ouro; são loucas as suas despesas; ainda a 10 de Julho a sua pobreza era completa; na noite seguinte grandes sommas forão roubadas da casa de B.; e é na manhã do dia 11 que A. faz apparecer a sua riqueza repentina.

O facto das suas despesas exageradas poderá ser ligado ao roubo commettido? Directamente, sem duvida que não; ha, é verdade, uma coincidencia entre os dous factos, que podem muito bem não ter entre si relação alguma; A. podia ter recebido dinheiro de uma mulher com quem tivesse um commercio vergonhoso; talvez achasse um thesouro ou tirasse um premio na loteria; as supposições são aqui numerosas. Deve-se proceder então por via de exclusão de todos os casos possíveis, e á proporção que as circumstancias particulares vêm destruir as hypotheses, que a principio se tinham offerecido ao espirito, parece



mais verosímil (35) a correlação entre os dois factos; mas quando mesmo as despesas de A. provem o roubo, não se segue forçosamente que ellas se liguem com o commettido na casa de B.; pode acontecer que A. tivesse na mesma noite commettido o roubo em outra casa; donde se conclue que mesmo aqui é mister verificar as circumstancias que provem a correlação especial entre as despesas loucas e o delicto em questão (36).

4º Os meios de conclusão, as formas dos raciocínios nos casos de que nos occupamos, devem estar em harmonia com as grandes leis da logica, é mister não transpor muito

(35) Exemplo: A. é um velho; nunca joga na loteria; e nunca teve occasião de nella jogar.

(36) Exemplo: na casa de B., forão roubadas moedas inglezas de ouro e A. desde manhã trocou moedas de ouro semelhantes.

grandes intervallos, ou levar as consequencias alem do que encerrão as premissas (37). Este principio de experiencia que nos guia convem ser applicado prudentemente.

5º O indício, revela, á primeira vista, uma relação possível entre dois factos, ou designa uma pessoa como agente; mas o juiz deve tão bem informar-se de todas as hypotheses, que em sentido contrario venhão justificar completamente esta relação (38); é comparando entre si estas hypotheses que se chega a decidir qual delias tem maiores probabilidades.

O interrogatorio do individuo suspeito torna-se indispensavel nesta occasião; porque muitas vezes elle póde pelas suas explicações fazer com que caião todas as duvidas (39); quando não póde ser interrogado ou recusa toda a explicação, o magistrado não deve esquecer que a sua missão é a manifestação da verdade, e procederá então ex officio á investigação de todos os vestígios justificativos (40). Na occasião das respostas do accusado o juiz deverá vêr: a) se os factos por este allegados podem, na hypothese de serem verdadeiros, destruir as suspeitas (41); b) depois deve examinar, se estão sufficientemente

(37) Exemplo: um individuo foge de certo lugar logo depois de commettido o crime. Não se pode concluir razoavelmente que elle fugis se sem motivos; mas segue-se necessariamente que o motivo fosse precisamente a perpetração do crime em questão.

(38) Kleinschrod, *Arch. Dir. crim.* VII p. G7.

(39) Exemplo: dizendo que somente comprou o objecto roubado.

(40) Assim perguntará ás testemunhas, se o objecto achado no lugar pertence realmente a A., desde que estava em seu poder no momento do roubo.

(41) Exemplo: A. declara que o objecto roubado achado em seu poder lhe foi vendido por B.

demonstrados, ou ao menos se são provaveis. E ainda aqui convem distinguir: ou as explicações dadas parecem completamente demonstradas (42), ou simplesmente verosímeis (43); ou parecem inteiramente não provaveis (44), ou completamente mentirosas e desmentidas pelos factos já verificados (45).



Nesta ultima hypothese somente as presumpções deverão parecer procedentes; e ainda assim pôde não ter sido o accusado o autor do crime, não obstante as suas mentiras; quantas vezes não se tem visto individuos que, não querendo justificar-se declarando a verdade, tentão livrar-se por meio de declarações falsas (46)!

6º Porem a mais forte presumpção é deduzida dos antecedentes e da moralidade do accusado (47). Com o seu auxilio a tarefa do juiz é singularmente facilitada, em presença das suspeitas que podem pairar sobre este ultimo.

(42) Exemplo: o accusado confessa ter comprado o veneno, mas ao mesmo tempo prova que o entregou intacto a um terceiro que o exhibe.

(43) Exemplo: sustenta ter comprado o arsenico somente com o fim de matar ratos; alem disso prova-se que a sua casa era infestada por estes animaes, e que elle disse a muitas pessoas que queria envenena-los.

(44) Sustenta ter comprado o veneno somente para experiencias chimicas; ora todo o mundo ignora ter-se elle occupado de chimica até esse momento.

(45) Declara ter remettido o veneno ao seu administrador, para que elle o empregasse contra os ratos, mas este diz que não vio nem ratos nem veneno.

(46) Por exemplo: entregou o veneno a um amigo que não quer denunciar.

(47) Vide o art. do autor nos *Arch. novos do Dir. crim.* t. 2 n. 2:

Um concurso apparente de circumstancias pôde fazer com que se accuse o mais innocent dos homens, mas a voz pmblica logo se pronuncia contra esta accusação, e diz: *Não, não é possivel julga-lo culpado*. Por isso, em primeiro lugar, vemos a Carolina ordenar que o juiz se informe afim de saber, se o accusado pôde ser julgado capaz de ter commettido o delicto (48). A este respeito o magistrado deverá ver, se a lealdade severa e notoria do accusado, se a sua moralidade plenamente provada, não se oppoem a que elle possa ser considerado como o autor do crime; se o que tem a seu favor é sómente o simples facto de nunca ter feito mal; se nelle podem-se descobrir algumas tendencias que o arrastassem ao crime, objecto do processo (49); se sobrevierão estes ou aquelles incidentes de natureza a actuarem vivamente sobre estas mesmas tendencias (50).

7º Finalmente, para que os indícios contra o accusado tenham alguma força, é mister, sobretudo, que a existencia do crime seja certa; milhares de circumstancias só tem importancia, quando se o suppõe existente (51). Mas faltando o crime, o indicio deixa de ter base, e a existencia

(48) Art 25, 26, 31, 37, C. C. C.

(49) Uma correspondencia foi publicada contra a pessoa de B., e A. é conhecido como dedicando-se voluntariamente á composição de libellos diffamatorios.

(50) A., antes do apparecimento do libello publicado contra B., foi violentamente insultado por elle.

(51) Bentham *Tratado*, t. 1, pass. liv. 5 *Proc, comp, do autor* t. 2 cap. 178 in fine.



do primeiro é, uma especie de questão prejudicial em relação ao segundo (S).

## **CAPITULO LVIII.**

### **AVALIAÇÃO DA FORÇA PROBATORIA DOS INDÍCIOS.**

A força probatoria dos indícios determina-se:

1.º Pelo cumprimento em cada especie e para cada um dos indícios das condições diversas de que fallamos no capitulo precedente:

2.º Pelo seu proprio numero:

3.º Pela natureza do seu concurso unanime:

4.º Pela suas relações com as presumpções infirmativas e as consequencias tambem infirmativas que se podem deduzir dos factos geradores.

Quando cada um dos indícios satisfaz plenamente as condições acima referidas (cap. 57), o juiz deduz com toda a segurança as conclusões, a que duo causa.

Em relação ao numero, o unico principio a estabelecer, é que deve haver concurso de muitos indícios. Na Austria o legislador fez uma notavel tentativa com o fim de

(S) O nossoCodigo do processo Art. 145 tão bem exige que a existência do delicto seja certa para poder o juiz formador da culpa pronunciar alguém por indícios; donde se segue que só se pode presumir quem seja o delinquente, mas nunca o delicto, que deve ser plenamente provado ou certo; e não sendo, não valem os indícios, por mais vehementes que sejam, contra o supposto delinquente de um supposto crime. Isto tão bem se applica aos crimes de natureza complexa, que exigem mais de uma condição ou requisito para serem juridicamente considerados como existentes; sem que todas essas condições o requisitos estejam provados, não se pode dizer que seja certa a existencia do crime, e portanto o formador da culpa não pôde ter *pleno conhecimento do delicto*.

prescrever regras precisas á consciencia do juiz (1): decretou que, para haver convicção, era mister, em regra a reunião de, pelo menos, *tres indícios*, taes como a lei os define; todavia dous podem bastar, por excepção, no caso de ter o accusado interesse particular no crime, ou de se ter provado juridicamente o contrario do que elle allegara a respeito dos factos infirmativos dos indícios. Mas, como se vê, mesmo nestes dous casos excepcionaes, além dos dous indícios, é necessario o concurso de uma terceira circumstancia; e o interesse no crime, as declarações falsas do accusado não serão verdadeiros indícios, lato sensu, ou presumpções que até certo ponto autorizem a attribuir o acto criminoso ao accusado que ellas apontão? Para não sairmos dos termos da definição que demos (cap. 55), resumiremos a regra da lei austriaca do seguinte modo: « *Para fazer prova, são necessarios tres indícios, ou dous indícios e uma presumpção.* »

Esta mesma lei (3) decidio além disso uma importante questão, que não podemos deixar passar em silencio. Entre os indícios, somente são considerados taes aquelles que baseão-se em circumstancias distinctas e independentes (4) ; donde se segue que somente uma vez se pôde fazer obra pelo mesmo facto; e ainda que offereça diversos aspectos, ainda que possa ter multiplo alcance, nunca constitue mais do que *um indício*. A. foi morto com um tiro de pistola;



- (1) Queremos falar da lei de 6 de Julho de 1833. (Vide Cod. austr. trad. por V. Foucher.  
(2) Vide a lei precitada, art. 6, 7.  
(3) Id., art 5.  
(4) Jenull, *Dir. crim. da Austr.* IV. p. 136.

pouco antes B. tinha uma pistola, e ainda a conservava no momento da morte: eis uma circumstancia considerada sob muitos aspectos differentes; mas não deixa de ser uma só e não dá lugar senão a um unico indício.

E' preciso não confundir *o concurso unanime dos indícios* com uma coincidencia de tempo; a doutrina vai cada dia compreendendo melhor, que não é necessario serem elles simultaneamente anteriores, concomitantes e posteriores (5). O concurso, que se considera necessario, consiste, ou na relação indubitavel do facto gerador com o facto principal (6), ou na relação dos indícios entre si. E' preciso que todos versem sobre o mesmo objecto, cuja verificação se trata de faser; que cada um delles designe o mesmo culpado (7). Existe ainda este concurso, quando os indícios se completão e se esclarecem uns aos outros (8), e quando principalmente constituem tal verosimilhança, que seja impossível, segundo o curso ordinario das cousas, admittir que um outro fosse o autor do crime (9). Demais, depois de ter maduramente

- (5) Vide também Zeiller na revista de Wagner; *Revista de Jurispr. austr.*, 1826, t. 2, p. 266.  
(6) Exemplo: B. declara que mordeu o seu adversario na face; e A. é encontrado com uma merdedura recente na face, quasi em seguida ao crime de que B. foi victima.  
(7) Exemplo: na especie, vio-se A. gyrar ao redor da casa de B., e alem disso é achado no lugar um botão que falta no seu vestuario.  
(8) Exemplo: logo depois do crime. A. foi lavar o seo fato que estava manchado de sangue.  
(9) A lei austriaca precitada, art. 1, contem uma disposição expressa a este respeito.

verificado o cumprimento de todas estas condições, o juiz é ainda jurado, e não deve obedecer senão á sua consciencia; mas não se pode ter certeza de que a pratica severa de taes regras evite o perigo de um julgamento temerario ou precipitado.

Finalmente o juiz tem, por ultimo recurso, a comparação de cada um dos indícios, com os indícios e presumpções contrarias (vide cap. 56); nesta ocasião não deverá perder de vista as explicações que o accusado em sua defesa dá sobre as relações entre o indício e a sua pessoa, e também as condições particulares de facto e de moralidade que permitem ou impedem de suppo-lo capaz do crime de que se trata. Quando a sua defesa é reconhecida falsa, ou inverosimil; quando tudo demonstra, segundo as circumstancias, que elle era capaz de commetter o delicto de que é accusado, a convicção do juiz, quanto aos indícios, assenta em uma base cada vez mais solida.

## CAPITULO LIX

### DA FORÇA DA PROVA ARTIFICIAL EM THESE GERAL

Uma das questões mais importantes em materia de processo criminal é certamente a de saber, se o concurso dos indícios, por mais numerosos que sejam, pôde servir de prova dos factos, e de sufficiente base para uma condemnação. A maior parte das vezes, como se sabe, esta prova é a unica que apparece na causa; ora se o legislador prohibe que por ella se condemne, deve sujeitar-se a vêr absolver, por falta de outras provas, grande numero de verdadeiros culpados. Pelo contrario, quando deixa ao juiz a faculdade de condemnar, este conserva um direito terrível de vida e morte, e que pôde facilmente degenerar em perigoso abuso. A lei, nos seus esforços em prever todos os casos, e regular todos os indícios por normas certas, não pôde conseguir um fim impossível: e a final de contas, é sempre a convicção do juiz, que não se pôde obrigar a dar contas de si mesma, que decide da condemnação. O juiz, propriamente fallando, é um verdadeiro jurado (1); por mais fortes que sejam os indícios, concorrendo juntos e completando-se mutuamente, e ainda que a culpabilidade não possa ser posta em duvida, segundo a ordem natural das cousas, ha sempre um ponto extremo, ao qual não são applicaveis as regras absolutas, e onde uma especie de senso intimo jurídico fixa irrevogavelmente a resolução do magistrado.

Entretanto, mais de uma voz imponente (2) se tem elevado contra a admissão da prova artificial, como plena (3). Sustenta-se que a prova tem a certeza por base; que a certeza por seu turno basea-se na evidencia dos sentidos e nos meios derivados da evidencia material mediata ou immediata; accrescenta-se que um indicio não pôde constituir senão uma probabilidade mais vehemente; ora uma addição de probabilidades não constitue a certeza.

(1) Grolmann, *Principios*, § 451 Jarke, *Arch. novos do Dir. crim.* VIII, n. 141. Id. 12, p. 497, artigo do autor.

(2) Vide sobretudo Carmignani, modernamente, IV, p. 176

(3) Vide, alem disso, sobre esta questão, Bentham, *Tratado*, I., liv. 5 cap. 16 e 17. Cremani, *Elem. jur. crim.*, III, p. 166. Bayl, *Ensaio de Dir. crim.* p. 201. Pratobevera, *Documentos*, 1,443. Weber *Arch. novos do Dir. crim.* III, p. 102, Kleinschrod. *id.* VII, p. 213, Henke, *Tratado*, p. 127. Tittmann. *Manual*, III, p. 551. Zum Bach. *Considerações*, p. 373. Vide também o *Proc. crim. comp.* do autor, t. 2, cap. 182. Os artigos da Revista do Hitzig, liv. 17, p. 173. 19. p. 178. Abegg, *Curso* etc, p. 240.

Não se quer ver nos indícios senão factos isolados, prendendo-se ao delicto por um laço puramente arbitrario e delle approximados muitas vezes pelo simples acaso, e cujas consequencias são deduzidas mais ou menos segundo o capricho ou a imaginação de cada um. Alem disso, continuão os adversarios da prova artificial, o que demonstra quanto differe dos indícios, por sua propria natureza, a certeza obtida por meio da confissão ou do depoimento testemunhal, é que o proprio facto gerador do indicio não pôde ser verificado senão por um ou por outro destes meios. Pode-se dizer que é diverso o fundamento da certeza? O accusado que confessa, a testemunha que depõe baseão-se sempre na affirmação dos seus sentidos, e d'ahi resulta para elles a certeza, mas este ponto de apoio material falta completamente aos indícios. A sua natureza é puramente metaphisica, e a prova, que delles resultasse, não

teria outra base além do que se chama íntima convicção; ora que garantias poderia dar esta prova? O acusado que confessa não inventa uma falsa culpabilidade, porque o tornaria passível da pena; a testemunha diz a verdade, porque teme que a sua falsidade seja mais tarde descoberta; mas nos indícios, onde achar os motivos que garantão a sua sinceridade?

Taes são as objecções principaes: ellas parecem especiosas, mas como se apoião em muitos erros fundamentaes, ficão, quanto a nós, sem força, desde que se restabelecer a verdade das cousas. Era primeiro lugar, será certo existir uma separação tão extremada entre a certeza e a probabilidade, no sentido de ter aquella somente por base a evidencia dos sentidos?

Recorramos á definição que demos (4): dissemos que a

(4) Vide cap. 7.

certeza é o estado ou grão de convicção em que, pesando-se os motivos pró e contra, estes desaparecem totalmente, e o facto em questão apparece conto indubitavelmente verdadeiro. Em outro lugar, e tratando-se das fontes da certeza (5), demonstrámos, segundo nos parece, que ella resulta, menos do testemunho dos nossos sentidos, do que do exame reflectido e arrazoadado deste testemunho; como, pois, se póde dizer que e n certos casos somos guiados pela evidencia dos sentidos, e que em outros só temos por guia o resultado concordante de certas inducções e inferencias? Uma divisão tão pronunciada é certamente um erro; mesmo no caso em que os meios de prova, por exemplo a confissão, o testemunho, parecem derivados da evidencia dos sentidos, o espirito do juiz antes da decisão atravessa uma serie de conclusões arrazoadas: examina, pesa as affirmações da experiencia pessoal, e a sua determinação é principalmente um facto de raciocínio, quando se basea nas declarações de terceiros que simplesmente pretendem reproduzir o que lhes revelarão os seus sentidos. Prestamos fé á confissão, porque o seu conteudo está em perfeito accordo com as circumstancias accessorias já verificadas por outras provas; porque não vemos que interesse poderia ter o acusado em mentir; finalmente porque julgamos o confitente capaz de commetter o crime que confessa: prestamos fé ao depoimento das testemunhas, porque as consideramos sinceras; porque as suas palavras trazem o sello da verosimilhança, concordão com as circumstancias já conhecidas, e principalmente porque a mesma cousa é affirmada por muitas pessoas, ao menos por duas. Ora, perguntaremos a qualquer homem livre das cadeias do espirito de systema,

(5) Vide cap. 15.

não é pelo encadeiamento das consequencias logicas que chegamos ao fim, em todos os casos?

Quando a sentença é determinada pelo concurso de indícios, é igualmente por uma operação do pensamento (operação diversa, se quizerem) que se forma a nossa convicção. — 1. Dadas as circumstancias necessarias do facto, applicamos-lhes as leis reconhecidas da experiencia, e d'ahi inferimos a existencia destas ou

daquellas relações, entre ellas e um individuo; mas a nossa opinião não se fixa irrevogavelmente, quanto á sentença, senão quando tentámos, mas em vão, aceitar como admissíveis as explicações justificativas, e o accusado teve para se justificar as maiores facilidades, e nós examinámos com minucioso cuidado as menores particularidades da sua defesa: quando finalmente, no interesse da verdade absoluta, examinámos com atenção todas as hypotheses possiveis favoraveis á defeza. Desde que se não produz justificação alguma, ou que só se apresentão mentiras, a nossa decisão se forma, e consideramos certo haver relação criminosa entre o facto e o réo. — 2. Depois é mister indagar se cada uma das circumstancias particulares do facto vem . confirmar esta relação possível; se o character pessoal do indiciado revela tendencia para o crime de que se trata; se elle tinha interesse em o commetter e se, portanto, pode-se suppo-lo capaz de o ter commettido. — 3. Ainda não é tudo, porque nesta occasião examinamos, se muitas circumstancias juntas chegam ao mesmo resultado; se ha certo numero de indícios que, pelos dados da experiencia, nos levão a concluir a existencia do crime, e, apoiando-se uns sobre os outros, nos provão plenamente a exactidão de nossas convicções. — 4. Finalmente, queremos que a harmonia entre os indícios e o facto principal seja tal que os leve necessariamente, ou a considerar verdadeira a consequencia rigoroso, da culpabilidade do réo, ou nos transporte, para que possamos regeita-la, ao mundo sobrenatural, fôra da marcha ordinaria das cousas humanas; em uma palavra, admittir hypotheses totalmente inverosineis e contrarias ás regras positivas da experiencia. Não é verdade que em materia de confissão e de testemunho o que serve de base á nossa crença, é o não podermos comprehender que um homem são do espirito venha pela sua revelação entregar-se á pena, declarando factos de que só o culpado pode ter conhecimento; ou que duas ou mais pessoas honestas e sinceras, independentes entre si, possam conservar absolutamente a mesma linguagem, não sendo verdadeiras? Da mesma sorte quando se trata do concurso de indícios, devemos absolutamente acreditar ou regeitar todas as nossas experiencias como vans illusões, e como meios fallazes todos os raciocínios que nos dão a certeza nas circumstancias mais importantes da vida.

A investigação dos indícios em concurso offerece alem disso uma inmensa vantagem, é a do conduzir ao fim por diversos caminhos; a mesma conclusão é fornecida tanto por um como por outro, e por isso as de ambos se confirmão. Em materia de confissão e de testemunho assim não acontece: quanto á primeira, é a affirmação de um unico individuo que firma a nossa opinião, e se somos indusidos em erro, quando o julgamos despido de qualquer interesse em dar-se falsamente pelo verdadeiro culpado; se chegamos a conhecer mais tarde, o que é muito possível, que elle quiz sacrificar-se para salvar um terceiro, ou que uma molestia mental o levou a sacrificar-se, toda a prova da confissão desaparece logo. Figuremos a hypothese de sermos enganados pelas duas testemunhas; de não terem ellas, como o julgamos, observado os factos cada uma do per si, e de se conluia rem para occultarem a verdade pelas suas declarações habilmente arranjadas: neste caso a que se reduz a prova testemunhal? Na prova artificial pelo contrario, os indícios em maior ou menor numero trazem juntos e separadamente a demonstração do mesmo facto: achão-se nas roupas de A. nodoas do sangue, sendo reconhecidas falsas as explicações que elle dá; no lugar do crime é encontrado um objecto que lhe pertenceo: tem em seu poder um objecto subtraindo depois da perpetração do crime, e ainda aqui as suas explicações são reconhecidas falsas. Chega-se ao mesmo resultado por tres vias differentes. A'quelles que objectão que os indícios são facilmente enganadores, lembraremos quantas vezes se tem reconhecido a falsidade da confissão e do

testemunho. E demais, não serão inconsequentes, quando reconhecem que a vistoria, a prova composta, o depoimento de testemunhas, ditas suspeitas, podem convencer completamente? Em que se baseará e convicção em todos estes casos? Na vistoria, não é pelo efeito de uma multidão de presumpções razoadas que o juiz presta fé as afirmações dos peritos, e não deve aquelle primeiro acreditar na habilidade destes, na sua sciencia, na precisão das suas investigações (6)? Quando a prova é composta (7), por exemplo, quando, ao mesmo tempo ha o depoimento de uma testemunha singular, uma confissão extrajudicial, e muitos indícios, não é ainda o pensamento que, tomando estas probabilidades diversamente produzidas, as reúne, as combina, e chega a concluir que a

(6) Vide cap. 27.

(7) Abegg, que no seu *Tratado do Proc. crim.* p. 245 parece pronunciar-se contra a prova artificial, declara que não ha objecções a fazer, desde que na sua só ha indícios.

verdade deriva delias, pois de outro modo a sua conformidade seria inexplicavel? Finalmente, quando muitas testemunhas suspeitas depoem do mesmo modo, não é do raciocinio ainda que devemos nos servir para chegarmos a prestar-lhes fé (8)? Não se quer reconhecer que a prova artificial possa formar a certeza, quanto ao facto de ter o indiciado commettido o crime; no entanto, singular contradicção, recorre-se sem duvida a ella, desde que se trata de decidir, se o accusado obrou com má fé, ou se commetteo um assassinato voluntaria ou involuntariamente (9)!

Todavia, seria não confessar a verdade, deixar de reconhecer, que, bastantes vezes, réos, convencidos por meio de uma pretendida prova artificial, tem cahido victimas innocentemente da leviandade, das más paixões ou da falta de intelligencia do juiz: mas o que se póde concluir, senão que a apreciação da prova artificial exige a maior circumspecção e intelligencia? Não se póde negar que, quando ella deriva plena e vigorosa do exame circumstantial a que deve sujeita-la a razão do magistrado, escravo do seu dever, como já demonstrámos, seja tão segura como a que se quiz chamar prova directa (10); tãoobem não se póde dizer que esta não seja tão perigosa. quando o juiz é leviano ou baldo de intelligencia, e que não possa infelizmente acontecer, que o homem mais, consciencioso

(8) Vide cap. 46.

(9) Por exemplo, quando o accusado sustenta, que somente quiz ferir, mas não matar a sua victima.

(10) Vide em Bentham, *Tratado*, t. 1, 1, 5, cap. 16 e 17, a comparação que faz entre estas duas especies de prova.

se engane (11), tanto em uma como em outra, Se mais de um innocente foi condemnado por provas artificiaes. foi certamente porque não havia certeza real quanto á existencia do crime, e porque o magistrado sem sufficiente motivo quiz considerar estas ou aquellas circumstancias, que aliás não deverião ter alcance algum (12), como accessorias de um crime que não existia, e como geradoras de indícios que só erão

chimeras (S).

## CAPITULO IX

### DA FORÇA PROBATORIA DOS INDICIOS, SEGUNDO AS FONTES DO DIREITO COMMUN NA ALLEMANHA.

Indagar se a lei romana permittia a condemnação somente por indícios, é implicitamente suppôr que ella constituiria um systema da prova, tal como se entende modernamente;

(11) E' quasi impossivel, com as regras estabelecidas pelas leis modernas allemães em materia de prova por indícios, suppôr que um innocente possa ser condemnado.

(12) Vide um excellent artigo na *Law Magazine* n. 14, p. 353 – 369.

(S) A prova artificial, sob a denominação de prova circumstantial, vai-se naturalizando entre nós, graças aos nossos criminalistas por demais imbuídos nas idéas do autor, o dos outros autores estrangeiros as quaes, não obstante serem verdadeiras no terreno da doutrina, não o são no da lei. Servirão, si se tratasse de *jure constituendo*. Parece-nos que o nosso Cod. Orim. Art., 36, prohibe absolutamente para a condemnação fazer obra pela prova indiciaria, isto è, pela prova chamada artificial, que é preciso não confundir com a prova composta.

Com razão, ou sem ella, o nosso legislador seguio a antiga escota contraria á do autor, e ora natural que assim procedesse, desde que não prescreveu as numerosas regras das leis allemães.

o que não se poderia demonstrar. Alem disso, é fôra de duvida que no tempo dos tribunaes por comícios e das commissões perpetuas (*quoestiones perpeluce*), os juizes condemnãvã por provas artificiaes; com effeito, não se podó negar que esta prova seja a que se reproduz mais frequentemente, nas justiças populares (1). Pelas orações de Cícero se vê que importancia o accusador e o accusado ligavão ao facto de fazerem sobresahir sob as vistas do juiz as probabilidades artificialmente deduzidas de todas as circumstancias da causa, e finalmente. Quintiliano mostra o partido que os *rhetoricos* esforçavão-se em tirar dos *argumentos*. Entretanto, tambem em Roma se sabia que os simples indícios pódem ser fallases, e mais de um texto de lei contem uteis advertencias (2). As constituições imperiaes parecem antes querer confirmar o direito anterior, do que estabelecer princípios novos nesta materia (3). De mais. os textos especiaes citados nem sempre concluem a favor da admissão, em geral, da prova dos indícios, como plena; assim, argumenta-se principalmente com um texto (4) em

(1) Carmignani, 1 c 4, p. 177.

(2) Exemplo: L. 5, D. de *Poenis* (S).

(S) Esta lei determina o seguinte: *um ausente, não deve ser condemnado. Ninguém pode ser condemnado por suspeitas: porque é melhor deixar impune o culpado do que condemnar o innocente. OS contumazes podem ser condemnados, ainda que, não compareção, menos ás penas mais gravss, como á das minas e á de morte.*

(3) Vide, sobre esta questão Matoei, *de Crim.*, liv. 48, tit. 19, C. 6. — Cremani, *Elem. jur. crim.*, 111, p. 161.



(4) L. 2, C. *Quorum appell, non recip.* (S).

(S) *Observare curabis, ne quis homicidarum, venificorum, maleficorum, adulterorum, itemque eorum qui manifestam violentiam commiserunt, argumentis convictus, testibus superatus, você etiam propria vitium scelusque, confessus, audiatur appellans.*

que o acusado, *argumentis convictus*, era posto absolutamente na mesma ordem que o *testibus superatus, vocem etiam propria vitium* (aliás, *victus scelusque confessus*). A' primeira vista, parece sem duvida serem formaes estas palavras, e que a prova artificial devia ter a mesma força que a confissão ou o testemunho. Entretanto, devia-se indagar, se a dita lei, já incluída no Código Theodosio (5), refere-se a estes diversos modos de convicção (*argumentis convictus, testibus superatus, confessus*) estando todos reunidos na causa; ou se, pelo contrario, se deve interpreta-la no sentido de se referir a cada um delles isoladamente (*disjunctim*), como se o legislador dissesse: prohibo a appellação a todo aquelle que fôr convencido por indícios, a todo aquelle que tiver confessado o crime, etc.; a primeira opinião parece entretanto dever ser preferida (6). Argumenta-se ainda com L. *ult. Cod. de probat.* (6 bis), que tambem se acha no Cod. Theodosio (7); mas tambem aqui talvez se deva evitar uma interpretação demasiadamente positiva; alem disso convém notar que Triboniano dividio era duas partes a lei originaria (8), e sendo ella restituída ao seu

(5) L. 7, *Cod. Theod.*, liv, 11, tit. 36.

(6) Godefredo, *Cod. Theod.* 1, e., o demonstra muito bem.

(6 bis) *Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre in publicam notionem debere, quoe munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis, et luce: clarioribus expedita.*

(7) *Cod. Theod.* IX, 37. - Vide Godefredo, *ad Cod Thcod*, vol. 111. p. 272.

(8) Della formou a lei penultima *C. de Calumn.*, e a lei ultima *C. de Probat.* — Vide Schede, na *Revista de Hitzig*, n. 16, p. 338.

primitivo estado (9), vê-se que não se tratava de modo algum de autorisar o juiz a condemnar nestas ou naquellas condições da prova, mas que o legislador quiz simplesmente formular uma censura contra a leviandade e a temeridade frequente dos accusadores, e, ao mesmo tempo, determinar os caracteres de solidez que a accusação deveria sempre reproduzir (10); póde-se, pois, pôr em duvida que este texto demonstre completamente que, segundo o direito romano do Baixo Imperio, os indícios só por si bastassem para autorisar a condemnação. Finalmente, a L. 16, C. *de Poenis* tem sido objecto de longas controversias: uns (11) sustentão que ella prohibe toda e qualquer condemnação que não tenha por base a confissão ou a prova testemunhal perfeita; outros das palavras *capitalem sententiam* (12) tirão a consequencia de que só a condemnação à pena de morte é que não podia ser pronunciada por simples indícios; outros, pelo contrario, e são em maior numero, entendem que esta lei 16 dá formalmente ao juiz o direito de condemnar em todos os casos; effectivamente entre os crimes, que ella enumera, encontra-se o adulterio, no qual, ordinariamente, o facto principal é difficilmente provado por



testemunhas *de visu*; ora, não seria mais acertado, entender o texto como referindo-se a todas as testemunhas, quaesquer que ellas sejam, mesmo áquellas que depõem

(9) Vê-se também que Triboniano, em lugar das palavras: *signis ad probationem luce clarioribus*, que se achão no *Cod. Theod.*, substituiu as seguintes: *indiciis ad probationem indubitatis*.

(10) Vide, sobre este ponto, Carmignani, IV. p. 194 nota.

(11) Schede, *Cod. cit.*, p. 340.

(18) Biener, *Historia do Proces, de inquisição*, p. 155.

sobre os indícios, o por consequencia, interpretar a lei como tendo em vista a prova circumstancial? Em resumo, póde-se considerar como certo, e outros textos, applicando-se a casos particulares (14), o demonstrão (15), que em Roma a prova artificial foi sempre considerada sufficiente.

A admissão da condemnação por indícios no processo canonico (16) não se deprehende plenamente dos textos : de mais, esta questão tem pouca importancia em relação ao

(13) Jark, *Revista de Hitzig*, n. 19, p. 194.

(14) L. 22, *Cod. ad leg. Corn. de falsis*. – L. 34, *Cod. ad leg. Jul. de adult.* – L. 1. § 3 *Dig. ad leg. Corn. de Sicar.* (S).

(S) A primeira lei refere-se ao crime de falsidade, e entre as provas classifica os indícios – *aliisque vestigiis veritatis*. A segunda, referindo-se ao crime de adulterio, considera-o provado pelo simples facto do casamento posterior entre os adulteros accusados anteriormente. A terceira manda decidir pelas circumstancias do facto a questão da intenção do agente, distinguindo o crime praticado de proposito e com instrumentos proprios, do commettido em uma rixa de occasião, e com instrumento improprio.

(15) A lei 19, *Cod. de Rei vindic.* também confere aos indícios todo o seo valor: mas ella se refere especialmente ás materias civis.

(S) A lei citada equipara, os indícios aos instrumentos « *Indicia certa quae jure respuuntur, non minorem probationis quam instrumentorum. continent fidem;* » mas refere-se sem duvida somente ás matérias civis, poisque exemplifica a regra figurando a hypothese de uma questão sobre a propriedade de uma casa, na qual determina que se pode lançar mão dos indícios.

(16) C. 1, 13, 23, X. de *Proesumt.* (S).

(S) No C. 8 refere-se o caso de Salomão com as duas mulheres que ambas allegavão serem mais de uma criança. No C. 12 e 13 se diz que a copula carnal pode ser provada por presumpção vehemente. No C. 14 determina-se que nos crimes graves não pode haver con-demnação somente por presumpções, ainda que vehementes; donde se segue que a pode haver nos menos graves.

direito commum da Allemanha (*ed pratica judiciaria da Franca no antigo direito*). Seja como fôr, é certo que em relação a certos delictos

(17), os canonistas consideravam suficiente (18) a prova artificial. Os jurisconsultos da media idade, cujos escriptos exercerão tão grande influencia nas fôrmas judiciais, parece não terem concordado completa mente sobre os principios; entretanto a opinião que preponderou foi a de que os indícios não podem fazer prova plena (19); muito poucos (20) erão os que sustentavão que os *indicia indubitata* podião servir de base a uma condemnação. Mas quando se examinão os exemplos que referem, convence-se que o que elles entendem por estas expressões, é a reunião de muitos indícios, concordando perfeitamente (21); Alem disso, tornando-se cedo a tortura a alma do processo criminal, a pratica não tinha motivo de levantar a questão, de que nos occupamos, pois que desde que havia numerosos indícios, o réo era entregue ao *atormetador*, afim de lhe arrancar uma confissão. Estas idéas dominavão ainda no

(17) No caso do adulterio, por exemplo, este delicto era provado quando o accusado ora achado *solus cum sola, nudus cum nuda, in eodem lecto*. Decret., cap. 12.

(18) Vide tambem Gonzales de Telles, *ad Decret.*, liv. 2, tit, 28, cap. 13.

(19) Gandinus, *de Maleficiis*, no titulo de *Proesumt*.

(20) Angelus Arretinus, *de Malefic*. § *Quod fama publica*, ns. 13 – 39. – Duranti, *Speculum juris*, lib. 2. *Tit. de Probat.*, n. 19. – Em Clarus. *Quoest.* 20, ns. 1 – 8, achão-se tambem as opiniões dos autores mais antigos.

tempo da Carolina (21), e servem do explicação ao art. 22 desta lei.

O seu autor, Schwarzenberg, conhecia perfeitamente todas as dificuldades levantados pela doutrina em materia de prova artificial; por outro lado temia deixar a innocencia exposta, sem defesa, ás apreciações algumas vezes temerárias do juiz; por isso, prohibie a condemnação por simples indícios, por mais numerosos que fossem; não podendo estes autorisar senão a applicação da tortura. A prescripção do artigo 22 da Carolina, segando parece, foi a principio rigorosamente observada (22); mais no XVII seculo começou-se a tomar em consideração os inconvenientes da impunidade muito frequente, apparecendo então a theoria da pena extraordinaria (23). Pouco a pouco se foi dando ao artigo 22 uma interpretação mais livre: sustentou-se que a Carolina, em todo o caso, não fez mais do que reproduzir, no seu effeito. a L. 5 D. *de Poenis*; que prohibio, somente assim como esta lei, condemnar por simples

(21) Malblank, *Historia de Carolina*. p. 194. — Bienner, *Ensaio*, p. 255. — Jarke, *Arch. nov, do Dir. crim.*, VIII, p. 123. O art. 22 assim se exprime: *deve-se tambem notar que pela sentença definitiva não se pode pronunciar uma condemnação, e decretar a pena, se contra o accusado sómente ha indícios, suspeitas, presumpções, de qualquer numero a natureza que seião*.

(22) No seculo XVIII foi prohibida a condemnação por indícios, fora da Alemanha, nos lugares em que vigorava a Carolina. Vide, por exemplo para o paiz de Liege, Sohet, *Institutos do direito de Liege*. V. p. 55.

(23) Foi o que aconteceu no tempo do Carpzow, *Prax. Quoest.* 60, ns. 36—60.— (« Não devendo condemnar á verdadeira e ultima pena,

como se houvesse testemunhas de vista, devem antes preferir alguma condenação gracioga » diz Papon, l. 24, t. 8, vc. 1.)

indícios, e que em compensação, permittio a condenação por indícios, em todos os casos e sob as mesmas condições em que a lei romana o autorisa (24). Outros, apegando-se ao texto deste artigo 22, que proíbe decretar uma pena propriamente dita (*peinliche Strafen* literalmente, *correções penaes*), affirmão que, havendo prova artificial, podem ser decretadas quaesquer outras medidas de rigor que não tenham o caracter de pena (25); outros ainda vão mais longe: reconhecem que a Carolina prohibio realmente condemnar por simples indícios (26), mas que ella teve sobretudo em vista a inaptidão dos juizes de então; que a estes é que ella não ousou confiar um poder cujo abuso seria infallivel; que não se deve comparar os nossos juizes habéis e graduados em direito com os *Scabinos*, cuja inexperiencia Schwarzenberg tanto temeu outrora, e que cessando a razão da lei, esta também deve deixar de vigorar. A lei romana, accrescenta-se, tornou-se o direito commum. Outros autores tirão argumento do facto de ser a prova por indícios admittida pela Carolina, ao menos quanto á applicação da tortura; e procurão demonstrar (27) que tendo sido abolida a tortura, deve-se reconhecer plena força á dita prova, e considerar o artigo 22 como implicitamente reformado. Finalmente, sustentou-se

(25) Eisenhart no *Arch. ant. do Dir. crim.*, III, t. 1, art. 1, p. 9. — Grolmann *Principios*, § 154.

(25) Kleinschrod, l. c., part., 1 e 8, § 5 — 7. — Quistorp, *Principios*, etc., § 711.

(26) Stubel, *Do Corpo de delicto*, § 174.— Vide tambem o sou tratado de *Dir. crim.*, § 1023.

(27) Biener *Ensaio*, p. 150. — Pfeiffer, *Questões de pratica*, 11. p. 430.

ainda, raciocinando-se da mesma forma (28), que sendo a tortura um mal phisico que a lei mandava infligir ao accusado, no caso de indícios sufficientes, e deixando ella de existir, convem substitui-la por outro mal, pela applicação de uma pena, senão ordinaria, ao menos extraordinaria (29),

No fundo de todas estas theorias o que havia senão um sentimento profundo da insuficiencia da lei, e do prejuízo resultante, para a sociedade, da sua rigorosa observancia? Comprehendia-se perfeitamente que, a maior parte das vezes, falhão a confissão e a prova testemunhal, e que quando os indícios, pelo seu numero e poderosa concordancia, vinhão demonstrar a culpabilidade do accusado, era muito desagradavel ficar-se reduzido ao deferimento do juramento purgatorio, ou á *absolutio ab instantia*. Mas só ao legislador compete, quando a razão o ordena, revogar a lei, sua obra; só a elle compete abolir a pro-hibição decretada pela Carolina; o simples juiz jamais póde, sob qualquer pretexto, deixar de applicar uma disposição, cujo sentido não é duvidoso.

Pretendeo-se, mas em vão, que pelo effeito dos progressos successivos do direito em geral, o direito commum criminal da Allemanha também se foi transformando pouco a pouco, e que as proprias penas se

commutarão em outras menos severas; estes progressos, que se assignalão, exercerão influencia sobre a propria Carolina na parte relativa ao direito costumeiro antigo e á jurisdicção

(28) Hurlebusch, *Ensaio de legisl. civ. e crim.*, t. 1, n. 1, quad. 1.

(29) Tittmann pronuncia-se a favor da applicação da pena ordinaria, 111, p. 550 — 551.

dos scabinas, hoje abolida; mas trata-se de uma prohibição formal e applicando-se a um objecto sempre actual. Alem disso, este progresso nas idéas jurídicas não tinha dado origem a um systema decididamente contrario ao da Ca-rolina, e até modernamente, a opinião dominante recusou plena força á prova por indícios; os poucos jurisconsultos, que sustentavão em tal caso a admissão da pena extraordinaria, achavão-se em completa contradicção com grande numero de seos collegas e com o texto da lei,

Erão obrigados a confessar, em todo o caso, que o meio por elles proposto não passava de uma escapatoria (30). Examinando-se minuciosamente todas as tentativas feitas para chegar a uma especie de abrogação da razão do artigo 22 da Carolina, chega-se facilmente a conhecer em que erão ellas defeituosas.

Disendo esta lei expressamente que não tem fé nos indícios, e prohibindo a applicação de uma pena. não se póde concluir que seja admissível qualquer outra medida de rigor; se a prova artificial não faz fé, por que póde pôr em risco a segurança da innocencia, seria uma inconsequencia da parte do legislador, faze-la correr o mesmo risco por uma condemnação menor: por exemplo, pelo facto de só durar um anno uma prisão não merecida, nem por isso deixa de ser uma injustiça. Tãobem é certo que no seu artigo 21 a Carolina não quiz simplesmente reproduzir a disposição precitada da lei romana, só prohibindo

(30) O ultimo autor que nega aos indícios plena força probatoria, em regra geral, *Heffter, Tratado*, ate, p. 637 sustenta que mesmo hoje as attribuições que competem ao juiz, segundo as idéas modernas, não podem ser consideradas como constituindo o direito commum: que somente em certos casos, e cum *aliquo temperamento* pode elle comdemnar á pena ordinaria.

a condemnação de *suspicionibus*, e para, nos convencermos disso basta comparar com este artigo outros (31) demonstrando que, no seu systema, nunca os indícios podem fazer prova. E' muito curioso tãobem ver os jurisconsultos, sob o pretexto de que a razão da lei já não existe, julgarem-se autorisados a deixar de obdecar-lhe. Já de ha muito se demonstrou que nada é menos exacto do que a maxima *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*: com taes raciocinios nada mais facil do que emprestar á lei uma pretendida razão, que nada tem de real, e, demonstrando-se que ella. desapareceu, tornar-se de repente vacillante e pouco seguro o terreno do direito. Quantas vezes cessa um dos motivos da lei, mas ficão subsistindo outros que continuão a exigir que

ella vigore? Seja muito embora, si se quizer o uso barbaro da tortura e a sua disconfiança em relação aos *scabinos*, o que levou. Schwarzenberg-a incluir no art. 22 a referida prohibição, nem por isso é menos certo que no fundo elle participava das crenças da época; que estas, decisivas no caso vertente, recusavão peremptoriamente plena certeza aos indícios; e que, por isso mesmo que ellas forão defendidas até o fim por numerosos autores, não era possível que se considerasse ter cessado de existir no direito commum a razão de ser da lei (32). Nas diversas regiões da Allemanha, em que os novos Codigos deixarão de decidir a questão, a jurisprudencia vacilla do modo mais triste, e segue

(31) Art. 16, 23 e 27, C. C. C.

(32) Entre aquelles que, ainda hoje, sustentão que o art. 22 deve ser applicado, vide *Feurbach, Tratado etc.*, § 569. — Martin, *Tratado etc.*, § 85.

as opiniões scientificas da maioria do momento (33). — Em resumo, o que é fôra de duvida é que, no direito commum allemão, condemnação alguma pôde ser pronunciada por simples indícios, por mais numerosos e concordantes que sejam, e esta prohibição pode affectar, quer a prova relativa ao réo considerado como autor principal ou complice, quer a que diz respeito ao corpo de delicto. Advertimos que fallamos aqui do corpo de delicto tomado na sua totalidade, e por consequencia de todos os factos especiaes que o constituem; com tudo, é evidente que os seos diversos caracteres (34), ou aquelles mesmos que determinão a natureza do delicto (35), podem perfeitamente provar-se pela prova artificial (36); só pelas circumstancias accessorias é que o juiz pôde decidir de que modo foi o crime consummado. Da mesma sorte, a questão de discernimento ou de intenção, na maior parte dos casos, se julga por meio das circumstancias que revelão os pensamentos do agente (37).

(33) Para o ducado de Baden vide Pfeiffer, *Causas crim.*, 1, p. 265.- Hohnhorr, *Annuarios*, 1, p. 155, VII, p. 101. — Dutlinger, *Arch. de Jurispr. bad.*, 1 vol, 1 q., ns. 8 e 9. — 2 q., ns. 41 e 47. — Para o Wurtemberg, Hofackei, *Annuarios*, 1, 2 q., p. 279. — Para a Hesse eleitoral, Pfeiffer *Questões de Dir.*, 11, p. 442. — Para a Saxonia, Volkmann, *Tratado de Dir. crim, saxon.*, 11, p. 137.

(34) Os que provão que ha *crime*, que houve, por exemplo infanticidio.

(35) Por exemplo, a *escalada*, no caso de roubo.

(36) Stubel, *Do Corpo de delicto*, p. 312; *Dir. crim.*, §§ 1018 1019.— Martin, *Tratado de Dir. crim.*, § 85. — Dutlinger, 1, c., na nota 33, 1, p. 110.

(37) Decreto imperial de 1594, § 69.

## CAPITULO LXI

### SYSTEMA DAS NOVAS LEIS ALLEMANS EM MATERIA DE PROVA POR INDICIOS.

E' hoje geralmente reconhecido, que a prova artificial, sob certas condições, pôde formar a certeza tão bem como a

prova chamada directa e natural; faltando na maior parte dos casos a confissão e o testemunho, correria grandes riscos a segurança publica com a prohibição absoluta da condemnação baseada sobre os indícios. Por isso, em muitos paizes, mesmo naquelles em que a lei penal não foi inteiramente reformada, sentio-se a necessidade de regular novamente a prova por indícios, e de estatuir, que, em regra (1), ella póde ter plena força (2). Entretanto, a experiencia até aqui não tem deposto a favor das novas leis, mas isto procede ,do facto do legislador que, muito preocupado talvez com os erros tão faceis ao juiz, quando é guiado somente pelos indícios, não quiz obrar senão por meias medidas: peou o seu livre arbítrio sob uma multidão de condições systematicas, de sorte que, frequentemente, o tribunal é obrigado a absolver

(1) Cod. austr., art. 414, e sobretudo a lei já citada de 6 Julho de 1833. — Vide tambem a lei do 1835; sobre as *Contravenções*. — Cod. bav. art. 328 — Weimar, lei de 1819. — Ord. hanov. de 25 de Maio do 1822, Ord. de proc. d'Anhalt. de 1822, tit. 2I, § 2. — Cod. crim. d'Argovia de 1805, § 179. — Código de Saint Gall de 1820, art, 158.— Código de Bâle: art. 229 — 231. — Ord. crim. de Lucerne de 1827, art. 81 — 83, e Cod. de 17 de Junho de 1838, art. 233. — Ord. de Schaumbourg Lippe de 11 de Se-tembro de 1828. — Lei de Gotha de 8 de Fevereiro de 1836. — Lei de Altenbourg, de 15 de Abril de 1837.

(2) A Ord, crim. da Pruss, faz aqui excepção. O seu art. 405, no caso de indícios, só autorisa a pena extraordinaria. Vide, mais adiante

o capitulo em que tratamos desta especie do prova (cap. 69).

o réo, cuja culpabilidade lhe está provada, só porque não se achão preenchidas na causa todas essas condições. A nossa critica applica-se principalmente ás leis austríaca e bavara. A primeira dá excessiva importancia aos indícios chamados *anteriores*, e faltando estes, prohibe qualquer condemnação; ora quem não sabe que os indícios anteriores são frequentemente muito menos concludentes do que os fornecidos pelas circunstancias concomitantes? Mas, o que é peor, é que esta lei (hoje reformada em parte pela de 1833) enumerava certos indícios que considerava absolutamente necessarios, omitindo grande numero de outros não menos importantes, e que frequentemente se produzem (3).

A lei bavara (4) exige, sob pena de nullidade, o concurso de indícios anteriores, concomitantes e posteriores; ora quantas vezes os indícios posteriores, por exemplo, falhão, sendo aliás certa a culpabilidade? (5). Outro ponto capital que se deve regular é o numero dos indícios exigidos (6). O Cod. austr. exige o concurso de dous indícios pelo menos (7); a lei bav. quer quo haja muitos indícios anteriores, corroborados por outros concomitantes e posteriores (8), o que daria a somma de seis indícios pelo

- (3) Zeiller na *Revista de jurispr. austr.* editor Wagner, 1826, II, p. 266, faz as mesmas criticas.
- (4) Art. 328.
- (5) Exemplo, quando o réo foi preso em flagrante delicto.
- (6) Vide cap. 58.
- (7) Art. 412 — 3º
- (8) Nos termos desta lei os indícios concomitantes também devem-se em numero multiplo.

menos (9); e a lei hanov., pelo contrario, deixando ao juiz nesta parte toda a liberdade de apreciação, contenta-se em prohibir-lhe que condemne, quando so houver um unico indício (10). Se, de um lado, o legislador deve evitar encerrar o livre arbitrio do juiz em limites muito estreitos, de outro lado também não deve se limitar a estabelecer somente algumas regras muito geraes e vagas, que deixão o magistrado completamente arbitro da sua decisão, e o transformão em um verdadeiro jurado. Este erro dá em resultado sentenças nas quaes só figurão *pro formula* motivos insignificantes (11); o contrario aconteceria, se o magistrado fosse obrigado a justificar a sua decisão, harmonisando-a com as prescrições legais. Não expondo, a sentença senão motivos vagos, o réo não pôde saber em que se basca a condenação, e, portanto, não pôde produzir a contra prova na appellação. Mas não autorisur a condenação, senão quando do encadeiamento dos indícios resultar a demonstração *proxima e precisa* do facto e da culpabilidade do agente, e quando segundo a ordem natural e ordinaria das cousas fôr impossivel deixar de acreditar na criminalidade do accusado (12), é, de um lado, mostrar-se exigente de

(9) A lei do Weimar do 1829. art. 34, melhorou a lei bavara no sentido de exigir simplesmente indícios concomitantes corroborados por outros anteriores ou posteriores.

(10) Lei hanov. de 25 de Março de 1822.

(11) Vide, cap. 10, o que dissemos da importancia dos *motivos* nos julgamentos. — Vide o meu artigo nos *Arch. novos do Dir. crim.*, XIV, p. 390.

(12) E' a disposição formal do Cod. austr., tar, 412.

mais (13), e, de outro lado, deixarão juiz a mesma liberdade de apreciação que é concedida aos jurados. Approvaríamos a lei, que, mais sabiamente ordenada, obrigasse o juiz precisamente a dedusir os motivos jurídicos da sua convicção, pondo assim uma barreira á temeridade de certos espíritos. Sob este ponto de vista, a nova lei da Austria é muito notavel (14).

Demonstremos, porém, quaes as regras que todo o juiz legislador deve estabelecer:

1º As nuas presumpções não podem fazer prova; mas sim, os indícios certos, tirados das circumstancias etc., que denotem uma relação material, directa, entre o agente e o facto criminoso. A lei pôde mesmo com vantagem determinar os indícios, que considera probatorios (15), e declarar que as presumpções, de que já fallamos, resultantes da conducta habitual do accusado, da sua moralidade, da sua tendencia a delinquir,



não constituem verdadeiros indícios, mas antes adminículos, que simplesmente demonstram ao juiz, ser capaz de commetter o crime aquelle a quem os indícios accusam (16). Mas esta nomenclatura dos indícios não deve ser senão enunciativa, e o legislador deve limitar-se somente a fornecer exemplos ao juiz,

(13) Querer *que seja sempre impossível* conceber que outro tivesse commettido o acto, é querer o que raras vezes se pode dar.

(14) Vide a lei de 6 de Julho de 1833, traduzida por V. Foucher, em continuação ao Cod. da Austria.

(15) Foi o que fez a lei austriaca da 1833, art. 2.

(16) Vide ainda a lei precitada, art. 6. Ella aponta certas presumpções, que não são verdadeiros indícios, mas *complementos* da prova.

2º O concurso de indícios só pode servir de fundamento da condemnação, quando demonstra plenamente o facto e seus caracteres criminaes (17). Não se póde declarar um accusado culpado de homicídio, se não está provado ter seguido ao crime a morte da *victima*. E' verdade que muitas vezes alguns destes caracteres não podem ser verificados, senão por meio da prova artificial (18); mas não é menos necessaria a demonstração jurídica, por outras provas alem dos indícios (19), de todas as circumstancias materiaes que fazem sobresahir estes caracteres (20). Duas questões se elevão; o crime foi commettido? Foi o accusado o seu autor? Ora, seria perigoso servir-se das mesmas circumstancias presumptivas, como prova, sobre um ou outro ponto. (21)

3º E' sempre essencial que os factos-indícios sejam plenamente demonstrados (22).

(17) Vide a mesma lei, art. I.

(18) Exemplo: quando se trata do sabor, se houve assassinato, ou simplesmente ferimentos que anisassem a morte.

(19) Isto e importante, por exemplo, em materia do perjurio, pois-que é mister, alem disso, que o juiz se convença, que o accusado, *scicntemente*, affirmou sob juramento uma falsidade.

(20) Por exemplo: em materia de incendio, quando é accusado o proprietario da casa incendiada, as mesmas circumstancias que demonstram que o incendio foi *voluntario*, podem tãobem convencer ter sido o accusado o autor do crime.

(21) Vide a este respeito o capitulo 57.

(22) Por exemplo: dando-se credito a uma ou duas testemunhas, não poderia acontecer, que estas, com intenção de prejudicar, viessem depor a respeito de factos imaginarios, que parecessem contrarios ao accusado?

4º E' mister haver contra o accusado o concurso de muitos indícios; não que a lei deva exigir absolutamente na causa a existencia dos indícios anteriores, concomitantes e posteriores, pois já demonstrámos que tal rigor muitas vezes arrancaria do juiz uma absolvição, não obstante ser certa a culpabilidade; mas, comquanto seja conveniente não decretar uma regra demasiadamente absoluta, não se deveria ao menos determinar o numero dos indícios"? Seria perigoso, sem duvida, deixar



á juizes, faceis de convencerem-se, o poder de condemnar, não havendo mais do que dous indícios; mas, como outras garantias devem sempre ser concedidas ao accusado, como são muitos juizes que pronunciação, e a experiencia demonstra que os juizes não condemnão por fracas provas, o legislador poderá, sem inconveniente, limitar-se a exigir simplesmente o concurso de *muitos* indícios, sem fixar-lhes o numero, ou seguir o exemplo da lei austríaca de 1833 (23). Tomando o primeiro partido, deverá prescrever que o juiz só possa condemnar por indícios, quando as presumpções, tiradas da moralidade do réo, do seu interesse ou dos seus motivos em commetter o crime, fizerem concluir ser possível ter sido elle o autor.

5º O accusado deve ser interrogado com cuidado sobre o facto, dos indícios, e o seu interrogatorio deve dar maior força ás probabilidades que contra elle se elevão. em lugar de as enfraquecer.

6º Não é preciso, que do concurso das circumstancias indicativas possa resultar um facto favoravel ao accusado.

(23) Vide supra, capitulo 58.

7º A harmonia (24) entre os indícios contra o accusado deve ser tal, que faça necessariamente, concluir como certo, segundo o curso ordinario das cousas, ser culpado o accusado; e que, para não os interpretar contra elle, seja necesrio lançar-se no domínio do sobrenatural, e acreditar em factos, cuja existencia na causa nada faz suppor (25). Para dar a este principio uma formula absoluta, como elle, diremos: a convicção do juiz deve ser tal que não deixe lugar para uma duvida razoavel.

Mas limitar-se a estatuir uma unica regra, seria cerrar a porta a outros motivos de decisão, que constituem uma garantia para a defesa; se, porem, o legislador, depois de estabelecer os princípios expostos mais acima (n. 1—6), os completar pela formula geral de que se trata, o juiz por ahi fica sabendo, que ainda mesmo que os indícios contenhão as condições legaes de força probatoria, deve, todavia, sondar a sua consciencia e examinar se lhe resta a menor duvida em relação á culpabilidade.

Algumas leis modernas imaginarão um novo meio para assegurar mais a certeza em materia de prova por indícios (26): só permitem a condemnação, quando esta é

(24) Nos termos de uma lei de Oldemburgo de 12 de Outubro de 1829, é mister haver o concurso de dous indícios concomitantes, pelo menos, com um indicio anterior ou posterior.

(25) A lei austr. de 6 de Julho de 1833: art. I: § 3. diz: « *Da combinação dos indícios, das circumstancias, e das relações estabelecidas pela instrucção deve resultar connexão tão directa e tão clara entre a pes-soa do accusado e o delicto que, segundo o curso ordinario das cousas, não se possa suppor ter commettido o crime pessoa diversa do accusado.* »

(26) Lei de Weimar do 1819. — Lei hanov. de 1822.

pronunciada pela maioria de tres quartos dos votos. Esta prescrição justifica-se pelo facto de se ter na sentença tanto maior confiança, quanto maior fôr o numero dos juizes que a proferem. Neste systema, a unanimidade offereceria a mais perfeita garantia (27); porque *maioria de votos* suppõe *minoria de votos* contrarios; mas ir até a unanimidade seria proscriver *ipso facto* toda a condemnação baseada somente em indícios; com effeito, quasi sempre a timidez, o rigorismo esmieuçador, ou o espírito de duvida obstão á convicção unanime dos juizes.

Finalmente lê-se em alguns cedigos modernos uma notavel disposição, que não approvamos: no caso de prova por indícios prohibem a condemnação á certas penas, por exemplo, á pena capital (28). O legislador foi, sem duvida, levado por um sentimento muito louvavel; mas, prohibindo a con-demnação a uma pena irreparavel, cahe em uma grave inconsequencia. Se attribuis aos indícios plena força probatoria, concedei-lhe tãobem todos os effeitos ordinarios desta prova; alem disso, as outras penas, que autorisaes, não são menos irreparaveis do que a de morte. A prisão, os castigos corporaes, injustamente, soffridos, poderão admittir restituição a favor da innocencia reconhecida? Porêem o mais pernicioso resultado de tal systema são as idéas falsas, que propaga entre o povo. Para que o legislador assim proceda, diz-se, é mister que tenha reconhecido a fallibilidade da prova por indícios; que não considere a certeza, que elles dão, tão completa como a fornecida pela

(27) Por isso alguns autores querem que a lei a exija. — Vide Friedreirich nas *Questões de Direito* de Lurhein; II; p, 48.

(28) Codigo austriaco, art. 430; — codigo bavaro, art. 330. — Ha mesmo alguns, como o de Anhalt. que só permitem em tal caso a *prisão por dez annos no maximo*.

confissão, ou testemunho. Ora, dispertar taes duvidas nós espiritos é diminuir a fê devida aos arestos da justiça (29); a verdadeira garantia se acharia na publicidade do processo sob as vistas do juiz definitivo. Somente então poderia este prescrutar a fundo, não só os indícios, como as suas mutuas relações: dissipar todas as duvidas por meio de perguntas feitas opportunamente; ouvir as respostas do accusado; e finalmente vêr por si mesmo a causa no seu complexo. Os relatorios, os exames das peças do processo secreto nãs poderiam mostrar-lhe tão claramente o fim (\*) (S).

(\*) A admissão e a força da prova *artificial* (*circumstancial* ou por *indícios*) nunca forão tão discutidas como nos ultimos tempos. Alem disso esta prova adquire cada dia, maior importancia, poisque as confissões vão-se tornando menos frequentes, e mais raros os testemunhos sobre os factos do crime. De outro lado os autores na Allemanha e em outros lugares estavam habituados a não considera-la senão como opposta á prova *directa* (ou natural), unica em que elles julgarão, ha muito, poder confiar inteiramente. Certamente, é mister reconhecer a fragilidade dos indícios; é mister reconhecer que o concurso, produsido muitas vezes somente pelo acaso, é que dá origem ás suspeitas e influe vivamente no espirito do juiz pelo effeito de certas circumstancias particulares. Entretanto, os legisladores por fim chegarão a

compreender a necessidade desta prova: derão-lhe o poder de motivar a condenação, limitando-a por meio de restricções e regras precisas, cujo objecto é evitar todos os perigos. Entre as recentes legislações, alem, daquellas de que já fallámos, citaremos como particularmente notaveis:

1º A lei de Gotha de 8 de Fevereiro de 1836.

2º A de Oldenbourg de 15 de Abril de 1837.

3º A de Mecklenbourg de 12 de Janeiro do 1811.

4º A da Meiningen de 10 de Novembro de 1841.

5º A de Holstein de 27 de Março de 1843.

6º A Ord. de proc. crim, de Wurtemberg de 1843, art. 326.

7º A lei de Baden e 1845, art. 261.

O systema destas leis, em geral, consiste, ou nas garantias da forma, como a necessidade do maior numero de votos para haver condemnação e como a prohibição da pena de morte; ou, em fundo, no preenchimento de certas condições unicas que podem autorisar a pronunciar a culpabilidade. A Ord. badeza no seu art. 261 precitado, quer:

*a) Que o corpo de delicto seja demonstrado por provas immediatas, sómente, ou corroboradas pelos indícios concordantes;*

*1). Que haja contra o accusado concurso de muitos indicios e que cada um delles se prenda a um facto espectral;*

*c). Que os factos não tenham simplesmente os indicios por base de sua demonstração: mas que a certeza juridica a respeito delles seja constiuída por provas immediatas sómente ou corroboradas por outros indicias.*

*d). E, finalmente, que o accusado pareça bem capaz do crime em virtude dos precedentes da sua vida, dos seus vicios pessoas, ou dos motivos que o movido na especie.*

Concluindo, appliquemos á prova indiciaria as observações já muitas vezes por nós feitas. Nos processos secretos e escriptos as condemnações baseadas nesta prova não atraem a confiança do povo, como diariamente se reconhece. Não comparecendo o accusado o o sou de-fensor no processo final, não podem, nem refutar os indicios, e nem prever, das circumstancias constantes dos autos, quaes as que influirão energicamente no espirito do juiz definitivo. Alem disso, muitas vezes este da-lhes valor que realmente não tem na especie, ou então limita-as a contar maquinalmente os indicios em lugar de examinar a pessoa do accusado, e pesar a importancia real das circumstancias. Ainda aqui deve-se dar preferencia ao systema do debate oral e publico, no qual todo o indicio contra o accusado é tomado era consideração e articulado separadamente polo accusador; em que o accusado por seu turno fica habilitado com todos os meios para produzir a sua defesa sobre cada circumstancia, enquanto que o juiz por sua parte con-sidera, attentamente a sua pessoa a sua attitude, que lhe fornecem uteis dados, e pronuncia, afinal a sentença, que se póde denominar o producto das suas impresões geraes e especiaes causadas por todo o debate.

(S) Não seria melhor que o lagislador entre nós definisse e regulasse os *indicios vehementes* de que falia no art. 145. do Cod. Prot.? Emquanto havia o jury de accusação podia-se dizer que a avaliação dos indícios competia ao conselho que por ser multiplo e ter mais liberdade de apreciações offereção sufficientes garantias para as partes e

principalmente para o acusado.

Mas sendo feito a formação da culpa (nos processos ordinarios) muitas vezes por uma só autoridade, não se deverá temer muito do seu amplo arbítrio da apreciação dos indícios. O recurso da pronuncia bastará?

Convem advertir que, com quanto só se trate da formação da culpa, todavia a pronuncia póde causar males ás vezes irreparaveis.

FIM DA SETIMA PARTE.

## OITAVA PARTE

**Do recurso das diversas provas ou da composta.**

### CAPITULO LXII.

#### DEFINIÇÃO DA PROVA COMPOSTA (1).

Já fizemos ver, que a prova directa e natural se resolve em uma serie de presumpções, que se ligão entre si e cujos dados, para convencerem o juiz, devem sempre ser comparados com as circumstancias da causa; que a confissão, por exemplo, motiva a condemnação, porque o seu conteudo está em harmonia perfeita com as circumstancias demonstradas por outras provas, e com a persuasão do magistrado de ser o accusado capaz de ter commettido o crime. Mas ha casos numerosos, nos quaes, não obstante não satisfazer a confissão a todas as condições exigidas, e ficar imperfeita aprova testemunhal sobre os factos essenciaes, não obstante não produzirem as ditas provas completa

(1) E' raro que não se possa dizer que é *composta* a prova em todo, o processo terminado por uma condemnação: isto , que ella é o producto de diversas provas perfectas, combinando-se com outras prova, quer perfectas quer imperfeitas.

Vai-se ver que o autor trata aqui, sob a mesma denominação, de um genero de prova analogo, mas cujos elementos, tomados isolada-mente, não poderião fazer prova plena.

certeza, todavia não deixão de produzir vehemente verosimilhança. Dever-se-ha considerar sómente como um indicio (1 *a*) a confissão extrajudicial, ou o depoimento singular de uma testemunha classica, e, por consequencia, applicar-lhe as regras da prova especial (3) que acabamos de examinar (vide 7ª parte)? Neste sentido não haveria *prova composta*. Mas se negamos, e com razão, o nome de indícios propriamente ditos a estas provas incompletas, somos logo levados a indagar, se póde, ou não, resultar prova plena e jurídica da concordancia entre muitos meios, que jamais poderião produzir a certeza, sendo cada um tomado isoladamente e por causa de um vicio de fôrma. Não poderão, auxiliando-se mutuamente, formar o que chamamos prova composta (3)?

Os elementos, pois, desta prova serião, ou: 1º o concurso entre os meios imperfeitos da prova directa (4): ou 2º o seu concurso com os indícios propriamente ditos. Advertiremos, porém, que não se trata aqui de fracções da

prova adicionadas para formar um total (como suporia quem considerasse o depoimento da testemunha singular como uma meia prova, a confissão extrajudicial como outra meia prova, etc. etc.); a lei não poderia autorisar a condenação sobre taes base; a sentença criminal não

(1 a) Como o fiz a lei austriaca de 6 de Julho de 1833, § 4.

(2) Mas, neste systema, não se deve dar-lhe o nome de prova tirada do concurso das circumstancias do *delicto*.

(3) Kleinschrod, *Arch. novos do Dir. crim.*, IV, n. 24. — Cod. bavar. art. 333 — 335.

(4) Exemplo: o accusado confessou extrajudicialmente o seu crime, sobre o qual depõe uma unica testemunha classica.

é o resultado de um calculo arithmetico, e o juiz não se convence desse modo. A circumstancia, menor na apparencia, firma muitas vezes a sua opinião sobre o valor do uma prova; e a sua decisão basea-se em uma multidão de motivos, que se combinão e se completão, e dos quaes cada um, segundo os princípios correntes em materia de investigação da verdade, faz considerar como certa a mesma circumstancia. Obtem-se a verdadeira, noção da prova composta, recorrendo-se á nossa definição de certeza, isto é, o estado do espirito que é levado a affirmar a realidade de um facto pelos numerosos motivos, que excluem a possibilidade do facto contrario.

Com effeito, se os elementos da prova composta produzem em nós este resultado, torna-se indubitavel que ella fôrma a certeza. Se prestamos fé á confissão por virtude das presumpções, que se ligão, e do preenchimento de certas condições, que se reúnem para dar a esta prova plena força, quando os factos confessados, além de verosimeis, se harmonisão em todos os pontos com as circumstancias relativas constantes do processo, e quando mesmo a fôrma da declaração parece garantir a sinceridade do accusado, que confessa; se é verdade que a perfeita concordancia entre duas testemunhas nos convence da sinceridade do testemunho; porque razão o mesmo não hade de acontecer, quando o que falta a uma prova para ser completa se acha provado por outro meio, dissipando-se por isso todas as duvidas? Nisto consiste todo o segredo da *prova composta*: certos meios de prova, imperfeitos separadamente, completão-se pela sua intima concordancia, e produzem plena certeza. Todavia, expliquemo-nos. Se falta ao meios de prova produzidos alguma das condições *essenciaes*; se por exemplo, a confissão não foi *livre*, a prova composta não é possivel; sendo radicalmente nullo o facto,

sobre o qual se funda o meio de prova, nem mesmo produz a verosimilhança; pois que o que não teve começo de existencia não póde ser completado. Mas se a lacuna só diz respeito a uma condição completiva do direito puro; se uma unica testemunha depõe; se a confissão é consignada em um processo verbal, escripto por um escrivão não juramentado, chamado em falta do escrivão competente ha pouco fallecido, parece muito natural que a convicção do juiz se possa completar por virtude das probabilidades derivadas de outras fontes.

Ainda mais, um novo motivo de certeza nasce do facto de ser sempre o mesmo resultado, a que chega o magistrado, ainda que marche por diferentes vias: a quem não quizesse admitir os factos teria impossível explicar tal concordância.

Para que a prova composta produza a certeza, é mister:

1.º Que o corpo de delicto seja plenamente demonstrado pelas outras provas, quando se trata de fazer conhecer o culpado; mas se a existencia do delicto não estiver sufficientemente demonstrada pelas outras provas, faltão ao processo os elementos necessarios para ir mais adiante com as suas investigações.

2.º Que o meio de prova imperfeito, pela qual se quer fazer obra, já seja susceptível de crear uma forte verosimilhança: regra importante que se deve observar, principalmente em materia de confissão extrajudicial (5); porque esta não pôde ter valor, senão quando foi realmente feita, o facto confessado é plenamente provado, e também quando parece não ser um simples gracejo, mas sim uma confissão livre e séria.

(5) Cod. bav., art. 333, — Vide também Kleinschrod, *Archivos*. 1, c. p. 360.

3º A fonte, donde deriva cada um dos meios de prova, não pôde ser a mesma para todos (6). Se o fosse, o juiz não teria mais a seguinte forte razão de acreditar na efficacia da prova composta; chegar sempre ao mesmo resultado por nas diversas.

#### **CAPITULO LXIII.**

#### **DOS EFFEITOS DA PROVA COMPOSTA SEGUNDO AS DIFFERENTES LEGISLAÇÕES.**

O systema da lei, em relação á prova composta, é do ordinario conforme áquelle que ella admittio em materia de indícios: estos têm, com effeito, sobre a dita prova, notavel influencia, e muitas vezes constituem mesmo o seu principal elemento. Para os sectarios exclusivos da prova natural, que só á confissão, ao depoimento testemunhal, etc., concedem o poder de produzir a certeza, e que considerão como simples indicio todo o meio de prova imperfeito (por exemplo, o depoimento de uma testemunha singular), a prova composta não é admissível pelos motivos que elles oppõem á admissão dos indícios (1). Suppõem elles que o systema se acha confirmado duplamente no direito commum allemão pela autoridade da Carolina, cujo art. 22 prohibe toda a condemnação por simples indícios (1 a), e dá esta denominação á confissão extrajudicial, ao depoimento

(6) Exemplo: quando a testemunha, que depõe a respeito do facto principal do detido, também depõem a respeito da existencia da confissão extrajudicial, surge logo a duvida para o juiz.

(1) 8tubel, *Proc. crim.*, § 1071. — Henke, *Tratado*, § 131.

(I a) Vide *supra*, cap. 54.

de uma testemunha singular (2), Dahi concluem que o citado art. 22 se applica também por conseguinte á prova composta, e isto, desde que os

indícios, ainda, que não sejam os únicos meios constantes do processo, forem produzidos como complementivos da prova. Creemos ser errônea (3) esta interpretação doutrinária. A principal causa da proibição do art. 22 é a fallibilidade presumida de uma prova puramente de indução, que não dá suficientes garantias contra os raciocínios temerários ou ineptos de certos juizes. Parece perigoso deixá-los livremente tirar dos factos consequências exageradas, ou, *á priori*, conclusões ilógicas, e considerar talvez a juxtaposição de circumstâncias, filha só do acaso, como o efeito de uma íntima relação, ou tomar por indícios vehementes simples presunções ou fracas conjecturas. Ora, subsistirá a mesma razão, quando a certeza no debate se baseia, não sobre induções, mas sim sobre outras provas, que terão plena fé jurídica, se não lhes faltassem certas qualidades? Sustenta-se que a declaração de uma testemunha produz todo o seu efeito, quando outra a confirma: ora, não viria a dar no mesmo, se em lugar deste complemento, se desse outro por diverso modo? A resposta negativa, que se dá, não pôde ser compreendida; porque não há aqui prova puramente de indução, objecto do receio do autor da Carolina (art. 22); visto como os indícios não estão isolados, os outros meios de prova vem completá-los, produzindo o mesmo resultado. Dar ao art. 22 a extensão que combatemos, emprestar-lhe a proibição de qualquer condenação

(2) Vide Martin, *Curso do Proc. crim.*, § 87, nota 7.

(3) Stubal, I, c. — Tittmann, *Manual*, III, § 506 - Duttlinger, *Arch. de legislação para o paiz de Baden*, I, § 116. — O Proc comp. do autor, II, cap. 182, e, cap. 187.

baseada sómente na prova racional ou nos indícios, é decidir que quasi nunca haverá na causa prova plena; porque, mesmo no caso da confissão, ou do duplo testemunho, é ainda com o auxilio do raciocínio que o juiz presta fé ao conteúdo da confissão, ou vê uma garantia sufficiente de credibilidade na concordância de duas testemunhas.

Mas, diz-se, a Carolina denomina indício todo o meio de prova incompleta. Já o fizemos vêr em outro lugar (cap. 54) que ella tinha então em vista determinar quaes as probabilidades que devião existir antes de applicar a tortura; o depoimento de uma testemunha pareceo ao seu autor que constituía a probabilidade requerida, e attribuiu-lhe o efeito de um indício: mas entre o depoimento testemunhal e um indício propriamente dito, isto é, um *facto que guia o juiz para um facto desconhecido*, há uma differença essencial. Portanto, não se deve ir além dos termos e do espirito da lei: na Allemanha, mesmo sob o regimen do direito commum, o juiz pôde, sem escrupulo, basear a condenação na prova composta, ainda que os indícios sejam o seu principal elemento.

Quando a lei admite que estes possam produzir plena certeza, é natural que conceda o mesmo efeito á prova composta: mas como ainda em certos paizes o legislador os admite com desconfiança, segue-se que as restricções que lhes impõe são igualmente applicaveis á prova composta

(4). Esta pôde resultar: 1º da combinação

(1) Assim, o art. 334, do Cod. bav. prohibe pronunciar a pena de morte



em tal caso. O mesmo dispunhão: o projecto hanov. art. 249: a Orden. do proc. crim. de Wurtemberg, § 339; a de Baden, art. 261. — (Poderíamos ter poupado ao leitor toda essa longa discussão sobre o o art. 22 da Carolina, e as consequências deduzidas; mas preferimos nada mudar nem tirar ao texto original. — Quanto á lei franceza, o

da confissão extrajudicial com o testemunho, isto é, da combinação entre as provas naturaes: 2º da combinação destas com indícios que concorram. Algumas leis só ás provas da secunda, categoria applicão as restricções de que fallámos; mas isso é grave inconsequencia: se o legislador não se despia de todos os seus receios, não pôde encontrar mais segurança na combinação da confissão extrajudicial com o testemunho; tanto em um, como em outro caso, o juiz não chega a convicção em relação á prova directa, incompletamente produzida senão por meio de raciocínios decisivos, tendo por base outras circumstancias coincidindo na causa.

principio da intima convicção do juiz corça, entre nós, as questões duvidosas em outros paizes; entretanto, mesmo aqui, as observações do autor parecem-nos conter sabias lições, que não são de theoria pura, e que, o magistrado, em todos os paizes, fará bem pondo-as em pratica).  
FIM DA OITAVA PARTE.

## **NONA PARTE**

### **Da prova imperfeita.**

#### **CAPITULO LXIV.**

#### **QUAL O VALOR DA PROVA IMPERFEITA NO PROCESSO CRIMINAL.**

Quando a palavra *prova* é entendida como synonyma de certeza, as palavras *prova imperfeita*, ou *certeza imperfeita*, deixão de ter sentido pratico; entretanto, como já o dissemos (1), podem ser tomadas em outra accepção, em relação mesmo á administração da prova, quando se quer simplesmente designar o caso, em que a sua investigação não teve successo completo, e em que os documentos reunidos são insuficientes para produzirem a certeza, militando todavia a favor do accusado numerosos motivos de verosimilhança (2). Como se sabe, a condição essencial de toda a condemnação penal é a demonstração completa de todos os factos articulados; e emquanto ella não fôr plena e completa, o accusado deve ser considerado innocente (3); não pôde então haver questão sobre os

(1) Vide *supra*. cap. 16.

(2) Vide *supra*, cap. 7.

(3) *Accusatore non probante, accusatus absolvitur.*

effeitos da prova imperfeita: o réo, neste caso (é o que determinão as leis franceza e ingleza (4)) deve ser pura e simplesmente absolvido. Mas na Allemanha, onde o processo inquisitorial, ainda hoje, está sugeito á influencia



da sua multipla origem, formou-se uma theoria toda peculiar. Assim:

1.º Quando uma vehemente presumpção serve de base aos factos articulados contra o accusado, o juiz, absolvendo-o, declara que o réo fica em estado de suspeita. Entre o innocente, definitivamente absolvido, e aquelle, que ainda continua accusado pela prova imperfeita, ou por vehementes presumpções, estabeleceo-se, por interesse publico, uma distincção positiva, que deo lugar a consequencias importantes (5).

2.º Ainda hoje, a lei permite frequentemente a investigação e o emprego de todos os meios, que possam concorrer para a solução das duvidas; ella vai até ao ponto de proporcionar ao accusado a possibilidade de desfazer as suspeitas persistentes contra si (6); enfim, vivamente preocupada com os perigos da impunidade do culpado, e com os inconvenientes de sua reentrada na sociedade, decreta, ou a applicação de uma pena denominada *extraordinaria*, ou certas medidas de segurança..

(4) Em França ninguem se lembra de estabelecer uma distincção entre o accusado evidentemente innocente, e aquelle cuja innocencia continua duvidosa: tanto em relação a um, como em relação ao outro, o jury profere um *verdictum negativo*, e ambos são absolvidos.

(5) Principalmente a *absolutio ab instantia*, e suas consequencias.

(6) Por exemplo, pelo *juramento purgatorio*.

## CAPITULO LXV.

### DA ABSOLVIÇÃO DA INSTANCIA. (*absolutio ab instantia*).

No processo accusatorio o juiz só tem a decidir qual das allegações é bem fundada, se as do accusador, se as do accusado; e não provando o primeiro plenamente as suas, a absolvição é a consequencia incontestavel.

Todavia, mesmo em Roma os juizes podião manifestar as suas duvidas pelas paravras — *non liquet* (1) (S). Quaes seriam precisamente os effeitos desta sentença, é questão que ainda não está inteiramente elucidada (2) ; tudo quanto se sabe é que por essas expressões os juizes querião dizer (3), que ficava suspensa a sentença definitiva (4), podendo o processo ser novamente instaurado.

Na média idade os tribunaes espirituaes tãobem proclamão a necessidade de absolver o réo no caso de prova não completa, tendo sido regular todo o processo (5):

(1) Vide Ayrault, *Ordem, Formalidade*, etc, p. 552 — 62. — Sigonius *de Judiciis* cap. 22.

(S) Vide a nota (S) á nota II, do cap. 2.

(2) Quanto á *ampliatio*, vide Erhard, *Apliat. judicior. public. apud Romanos*. Lipsioe, 1793. — Koemerer, *dos Recursos para obter a revisão do proc. crim.*, Rostock, 1833, p. 173. — Carmignani, *Delle Leggi*, etc., V, p. 232. Vide finalmente o *Proc. crim. comp.*, cap. 193.

(3) Pode-se ainda consultar com proveito Schulting, *Jurisprud, ante-justiniana*, p. 424, not. 14.

(4) Mathoei, *De Crim.*, lib. 48 tit. 17 cap. 2. — Vide também Faustin-Hellie, *Tratado da Instruct. crim.*, t. I, *Historia do Proc. crim.*, cap. 3, secç. 3. § 18, p. 98.

(5) C. 15, X *de Judic.* — Vide sobretudo J. Clarus, *Sent.* 62, n. 2.

mas como o réo uma vez absolvido não podia facilmente ser sujeito a novo processo, e como, por outro lado, sempre se podia esperar obter mais tarde novas provas que, sendo reunidas ás já produzidas, poderião autorisar a condenação, cedo tratou-se de, por segurança, usar de reservas nas proprias sentenças, adoptando-se uma formula especial (*absolutio rebus sic stantibus* (6), ou *absolutio ab instantia* (7), que permite, em qualquer tempo, restaurar a instancia contra o réo anteriormente absolvido, mas que continuou a ficar sob o peso de graves presumpções, por não terem as provas sido plenas.

A Allemanha, por seu turno, pôz em pratica este systema (8); e ainda hoje a absolvição da instancia é prescripta pelas legislações modernas dos estados que a compoem (9 e 10).

(6) J. Clarus serve-se desta expressão.

(7) Harprecht, *de Absolut. ab instantia*. Tubigne, 1717. — Kleinchrod, *Dissertações do Dir. crim.*, aart. I, n. 1.

(8) Tittmann, *Manual*, III, p. 612. — Boehmero, *ad art.* 99, C. C. C. Kleinschrod, loc. cit., p. 168, — Martin, *Tratado*, § 143. — Vide também o *Proc. crim. comp.*, II, § 193.

(9) Cod. austr., art. 428. — Ord. crim. da Pruss., § 412. — Cod. bav.; act. 355. — Nos termos desta lei, o tribunal declara *adiada a instrução* - Nos termos do decreto penal de Baden de 1808, § 18, o accusado é declarado *relaxado da queixa*. Vide também a de Wurtemberg § 336.

(10) Na Inglaterra, na França e em todos os paizes em que a legislação é moldada pela da França, a *absolutio ab instantia*, já não está em uso. Na França pode-se reinstaurar o processo (art. 246. Cod. instr. crim.) por *novas provas*, mas tratando-se somente da instrucção preliminar, não tendo ainda os juizes definitivos tomado conhecimento dos factos (N. T. F.)

Entre as legislações que acolherão a publicidade dos debates, somente Codigo das duas Sicilias autorizou a *absolutio ab instantia* Vide *Codice delle due Sicilie* de 1819, art. 280.

Os seus sectarios fundão-se na natureza do processo inquisitorial, cujo fim é a verdade absoluta (11), e que, dizem elles, não pôde admittir que o homem innocente, sujeito a um processo injusto só por causa de funestas circumstancias, seja collocado no mesmo nivel que o réo realmente culpado, mas cuja culpabilidade não é pronunciada por faltarem provas plenas. Demais, não dando certas legislações aos indícios sómente bastante força para autorisarem a condenação, e sendo os juizes obrigados, por obediencia á lei, a absolverem, não obstante a sua convicção contraria resultante de um notavel concurso do circumstancias, era natural que se pensasse não ser razoavel que o réo neste caso fosse tratado, como se estivesse completamente innocente. Obter nesta occasião uma confissão seria cousa bem desejavel, mas faltava o meio de a procurar, tendo sido abolida a tortura. Esta questão da reinstauração do processo foi adquirindo diariamente maior importancia. Estava em voga a regra, que contra o réo plenamente absolvido o processo não podia ser re-instaurado senão

por uma excepção raríssima, por novas e graves provas, e depois do exame minucioso dos motivos (12): mas que contra o réo, que continuou sob o peso de fortes presunções de culpabilidade, não o tendo por isso o juiz declarado plenamente inocente, era necessario estabelecer, em regra, a reinstauração do processo em qualquer tempo, desde que o inquisidor tivesse motivo de

(11) Carmignani na *Revista critica de Legislação estrangeira*, I, ( p. 359 — Na obra precitada, IV, p. 232, - Rosshirt na sua *Revista* t, I, 2 n., p. 186.

(12) Vide o *Proc. crim. comp.* § 193.

esperar obter a prova completa, reunindo os factos novos aos anteriores já consignados no processo primitivo.

Finalmente, preocupava então vivamente os espiritos o que se julgava ser o verdadeiro interesse da sociedade. Póde na sociedade achar um acolhimento cordial e sincero aquelle sobre quem, ainda depois da absolvição, pairão suspeitas bastante fortes para expo-lo a todo o instante a novo processo? Póde ser visto do mesmo modo que aquelle cuja innocencia foi altamente proclamada? Ainda mais, se esse individuo exerce um emprego, e occupa uma posição, que para serem digna e efficaçmente exercidos e occupados exigem, antes de tudo, a confiança e a estima, poderá, assim diffamado, apresentar-se á eleição dos seus concidadãos, aspirar às honras publicas e ser nomeado conselheiro da municipalidade ou deputado? Não convem obstar a tal escandalo? Alem disso, em certos casos, não póde esse individuo ser um perigo constante para a sociedade, e não convem impossibilitar-lhe a entrada nesta, e obstar-lhe de tornar a achar ahi os antigos cumplices da sua vida criminosa?

Taes são os motivos sempre allegados em apoio do systema. Ha outros porem que o combatem victoriosamente (13), e por meio dos quaes é facil demonstrar ser desacertado introduzi-lo em uma legislação nova. Quando na causa ha duas partes, accusador e accusado, não tendo o primeiro produzido prova plena, e tendo o segundo soffrido por muito tempo os desgostos de um processo criminal, haveria flagrante anomalia em não o absolver completamente.

(13) Mesmo entre os autores antigos vide Mathoei, de *Crim.* lib. 48, tit. 16, cap. 4 — Ringelmann nos *Ensaio de Legislação* do Zurhein, t. 2; p. 191.

No fim dos debates o juiz só póde sentir-se dominado por um dos dous seguintes sentimentos: certeza da culpabilidade, ou a certeza contraria. Entre elles não ha meio termo, e se a culpabilidade não está completa e legalmente provada, o accusado não é culpado. O mesmo que acontece no processo accusatorio, dá-se tãobem no inquisitorio. Naquelle, não provando o autor, o réo é absolvido: neste, não provando a sociedade, a quem como autora compete dar a prova, o indiciado deve ser definitivamente absolvido. Infligi qualquer prejuízo áquelle que, não inteiramente convencido do crime, foi absolvido da instancia, e vós violareis o principio sagrado que prohiu sujeitar um cidadão á sanção

penal imposta pela lei ao crime, quando não se prova que elle o commettesse. Ora, é evidente que o indiciado, absolvido simples e provisoriamente, soffre um grave prejuizo; se possuia honras e dignidades, é dellas despojado; não pôde mais ser candidato á eleição dos seus concidadãos para estes ou aquelles lugares (14) muito ambicionados por todos, porque demonstrão a honrosa confiança dos eleitores. Alem disso, pôde ser condemnado nas custas (15), e então deve pagar soturnas que muitas vezes absorvem a maior parte do seo patrimonio, ficando arruinado dahi por diante. E não se diga que são as consequencias da sua culpa; que só a si deve attribuir o ficar sujeito ás suspeitas.

Quantas vezes não se tem visto accusado o homem mais innocente por um funesto concurso de circumstancias!

(14) Grande parte das constituições e leis municipaes modernas na Allemanha privarão da elegibilidade os individuos, que apenas forão absolvidos da instancia.

(15) Vide o *Proc. crim. comp.*, t. 2, § 198.

Quantas vezes só o odio ou a precipitação do denunciante tem dado origem ás suspeitas contra o accusado! Tambem o inquisidor, levado por excesso de zelo, muitas vezes interpreta mal o mais innocente procedimento, emprestando apparencias criminosas (16) a um acto perfeitamente legitimo ou indifferente. Finalmente, a peor das consequencias da *absolutio ab instantia* é a *prisão preventiva* admittida por algumas legislações contra os que não podem prestar fiança (17). A privação da liberdade é um mal que só deve soffrer aquelle, cujo crime reconhecido merece uma pena; e permittir a este prestar caução é mostrar-se inefficazmente benevolo a seu respeito. O accusado, as mais das vezes, é um pai de familia que ganhava com trabalho e honra o pão para sua mulher e filhos, e cuja detenção preventiva, prolongada durante muitos mezes reduzio á miseria: pois, pelo facto de não poder prestar caução, será justo faze-lo soffrer annos de prisão?

A absolvição da instancia basea-se em dous vicios ca-pitaes do processo allemão: 1º a theoria muito acanhada da prova legal, e, sobretudo, a prohibição de se condemnar por simples indicios; 2º a não publicidade do processo. Objecta-se, que a maior parte dos indiciados, provisoriamente absolvidos, serão condemnados se fossem julgados pelo jury, ou se o tribunal podesse dar plena

(16) Emprehenda o culpado por acaso uma viagem, quando para elle se dirige o attenção do inquisidor; faça em segredo, por motivos de familia, os seus preparativos de viagem, e logo a idéa de querer fugir acode ao espirito do magistrado.

(17) Vide, por exemplo, o Cod. bav., art. 391, e Ringelmann, loc. cit. p. 173.

força á prova indiciaria. Concordamos que assim, seja para o maior numero, mas ha outros a respeito dos quaes toda a condemnação, ainda

mesmo por indícios somente, seria completamente impossível; portanto, estes poderão ser considerados vehementemente suspeitos: que interesse social, pois, poderá nunca exigir que contra elles se tomem estas ou aquellas medidas oppressivas? Tornai publico o processo, e cahirá a segunda base em que se apoia a *absolutio ab instantia*: assistindo todos os cidadãos aos debates, podem, como testemunhas auriculares da sentença de absolvição, apreciar perfeitamente (18) qual o seu sentido e o seu alcance; e podem distinguir entre um homem plenamente innocente, e o que volta para a sociedade ainda sujeito a suspeitas não esclarecidas. Assim informados, terão para com elle a conducta que lhes for dictada pela prudencia, e pelo seu interesse bem entendido; e então, seja dito de passagem, tornar-se-hão inuteis as prohibi-ções que se achão escriptas nas constituições e cartas mu-nicipaes. Para que tirar-lhe a elegibilidade? Tende confiança nos eleitores; deixai-lhes a liberdade de apreciarem, se os candidatos são o não dignos dos seus votos; ficai certos que elles conservarão em memoria o processo criminal contra um delles instaurado; e se, não obstante, recahir sobre elle a sua escolha, é porque não é fundada a suspeita pronunciada; e esta escolha é um testemunho, um protesto, um voto de confiança (19).

(18) Estas reflexões já erão feitas no seculo XVI por d'Ayrault, *Ordem, Formalidade*, etc, p. 252.

(19) Estas incapacidades de elegibilidade, decretadas, em geral, pelas constituições contra os indiciados absolvidos, são tanto mais erroneas quando é certo não estarem de accordo a opinião publica e a lei sobre grande numero de delictos.

Alem disso, estas prescripções geraes, que ordenão o deposito de uma caução, ou, na sua falta, a prisão policial preventiva, são deploraveis pela sua propria generalidade. Póde acontecer, sem duvida, que haja grande interesse para o Estado, em não restituir senão condicionalmente a liberdade a certos indivíduos, suspeitos autores de crimes directamente offensivos da segurança publica; a sua vida anterior póde despertar justos receios, e o processo de instrucção pode demonstrar as suas relações com outros individuos não menos perigosos: estabelecer então certas restricções á sua liberdade, sujeita-los a uma vigilancia regular, são algumas vezes medidas uteis que se devem tomar; mas que sejam, ao menos, somente excepcionaes, e não a consequencia de uma regra commum com applicação a todos os indiciados simplesmente absolvidos. Com que fim, por exemplo, se obriga á fiança o cidadão absolvido em um processo instaurado por duello ou por crime de lesa-magestade?

Não obstante ficar demonstrado que a *absolutio ab instantia* deve ser repellida de qualquer legislação que se tenha de fazer, todavia todas as rasões possiveis não podem obstar a que ella represente um papel importante na pratica commum dos tribunaes da Allemanha, onde o uso constante de tres seculos sanccionou um modo de sentença, que as leis particulares modernas tambem admittirão.

A *absolutia ab instantia* póde ser pronunciada sob as seguintes condições:

1º E' mister que haja verosimilhança da culpabilidade do accusado, e tal que, continuando sob o peso de uma suspeita fundada, possa em qualquer tempo ser processado (20). Mas se as suspeitas são menos graves, se a contra-prova

(20) Kleinschrod, *loc. cit.*, p. 191. — Cod. bavar., art. 356.

veio diminuir a sua força primitiva, já não tem lugar a impleta absolvição; porque não se póde instaurar o processo de instrucção principal por fracas presumpções. Também se usa, algumas vezes, pronunciar a *absolutio ab instantia*, quando o indiciado nega formalmente o crime maior de que é accusado, e ao mesmo tempo confessa ter commettido um menor (21); e quando, não obstante as suas declarações, ha fortes razões para acreditar-se ter elle commettido o crime principal, os magistrados tirão-se da difficuldade absolvendo-o da instancia em relação ao ultimo, mas condemnando-o quanto ao primeiro, uso este, sem duvida, máo (22); o mesmo facto póde ser assim duas vezes objecto de um processo (23), e duas vezes sujeito a um julgamento. Não será absurdo condemnar por um facto (24), cujo alcance ainda é de tal sorte impossivel de apreciar, que na supposição da existencia de um crime mais grave, o jurado pronuncia, quanto a este, a absolvição da instancia? E alem disso a sua missão não se tornará bem difficil, quando, transformando-se mais tarde as suspeitas em certeza, elle é obrigado, applicando a pena, a operar a deducção daquella que o condemnado já soffreo em virtude da primeira sentença?

(21) Exemplo: confessa ser o autor da morte de A., mas pretende que nunca teve intenção do o matar, e sómente que houve *erro* da sua parte.

(22) Vide também o Cod. bav., art. 357.

(23) Exemplo: uma mulher nega ter matado seu filho; mas ha na causa prova evidente de factos de imprudencia ou de negligencia. Vide a jurisprudencia do Tribunal de Cassação em França sobre este assumpto.

(N. T. F.)

(24) Exemplo: na hypothese queria-se absolver a accusada da instancia quanto ao crime de infanticidio com premeditação; mas condemna-la a dous annos de prisão por infanticidio por imprudencia.

A *absolutio ab instantia* tambem tem lugar (25), quando a questão de discernimento fica duvidosa; mas ainda aqui ella não tem razão de ser (26). O Estado corre risco, por virtude desta sentença, de infligir um mal não merecido a um individuo, que não poderia soffrer pena alguma, se realmente tosse invalido de espirito: neste caso, as consequencias da absolvição da instancia, funestas mais ou menos, constituirão uma dupla injustiça: em todos os casos duvidosos deste genero, alguns peritos pronuncião-se necessariamente pela ausencia de discernimento sufficiente; e nesta hypothese a medida de que se trata é inutil, tendo o poder o incontestavel direito de tomar certas medidas de precaução contra todo o individuo cujo estado mental póde de inspirar receios quanto á segurança dos cidadãos.

2.º Para poder ter lugar a *absolutio ab instantia*, é mister ainda que falte inteiramente ao juiz todo e qualquer meio de manifestação da verdade (27), e que tenha motivo de esperar descobrir no futuro circumstancias e provas completamente convincentes.

Autorisando a lei local o juramento purgatorio, e podendo este ser

deferido, a absolvição da instancia pura e simples não é permittida; salvo se, como já dissemos, parecer muito provavel poder a informação tornar-se completa mais tarde; por que perimir o processo por um juramento inopportuno seria fazer abortar toda a esperança de chegar um dia ao conhecimento da verdade. O juiz, pois, deverá primeiro examinar com cuidado o estado das

(25) Hitzig, *Revista de Jurispr. crim. pruss*, 1 vol., n. 3, p. 191.

(26) *Idem idem*, n. 8. p. 421.

(27) Quistorp, *Principios*, § 776.

peças, a natureza das provas produzidas, a pessoa e o caracter do accusado.

Em regra, os effeitos da absolvição da instancia são os mesmos que os de toda a sentença de absolvição, salvo as excepções contidas nas leis particulares; no direito commum, isto é, naquelle fundado no uso geral na Allemanha, não se lhe podem attribuir senão duas consequencias principaes:

1º Contra o indiciado absolvido da instancia o processo pôde ser reinstaurado por novas provas em qualquer tempo peio mesmo tribunal (28), independente de autorisação do tribunal superior.

2.º O accusado absolvido da instancia fica sob a vigítancia da policia (29). Desde que esta vigilancia prejudica-o nos seus direitos de cidadão (30), a sua extensão deveria ser determinada pela propria sentença.

Não pôde competir á autoridade administrativa restringir, sem autorisação da lei ou da sentença, os direitos de um reinicula; e alem disso os tribunaes tem a seu favor a presumpção de apreciarem mais justamente os motivos que o sujeitão á vigilancia, a gravidade do estado de suspeita do indiciado, e as circumstancias especiaes que o fazem considerar como um homem perigoso (31). Em compensação, convem conceder á autoridade uma missão de

(28) Kleinschrod, p. 215.

(29) *Idem*, p. 219. — Orden. crim, da Pruss, § 409.

(30) Isto diz respeito ao art. 196 da C. C. C.

(31) Pfeiffer, *Questões de pratica*, III, p. 453. — Martin, *Tratado*, etc. § 143. — Abegg, *Id.*, p. 300.

vigilancia geral sobre elle; autorisa-la a tomar, para este fim, as medidas prescriptas pela lei (32), ou que, sendo da compentencia da policia, entrão nas suas attribuições em relação a todo aquelle que fôr suspeito no Estado (33).

Na cathegoria das legislações particulares é que deve ser classificada a disposição que sujeita, em todos os casos, o indiciado absolvido da instancia a dar fiança sob pena de ser preso preventivamente (S).

(32) Vide a Orden. pruss. nos Annuarios de Hamptz, VI, p. 26.

(33) Taes são: a permissão de residencia, a obrigação de se apresentar; policia em determinadas épocás.



(S) Não temos a absolvição da instancia com os mesmos effeitos da do antigo processo allemão. Entre nos a absolvição do accusado, no juizo plenario ou definitivo, quando elle prova plenamente a sua innocencia é identica nos seus effeitos juridicos á daquelle contra quem não foi plenamente provada a accusação; e uma vez definitivamente absolvido não pôde mais ser processado pelo mesmo facto; do contrario se faria reviver um processo findo, Const, art. 279 § 12.

Mas a maxima *non bis in idem* só se applica ao caso de julgamento definitivo, mas não ao do pronuncia somente, a qual tem alguma semelhança com a *absolutio ab instantia* no sentido do poder ser o processo reinstaurado, emquanto o crime não prescrever.

Assim dispoem os arts. 149 e 329 do Cod. do Proc. e 270 do Regulam. n. 121 de 31 de Janeiro de 1842. O formador da culpa, ainda que já tenha tentado infructiferamente as primeiras informações, não está inhibido de proceder contra o mesmo indiciado novamente.

Diversos Avisos, interpretando os cit, art., dão como razão da disposição não ser definitiva a. sentença de pronuncia (Av, 27 de Dezembro de 1855, 4 de Agosto de 1862).

Tem-se discutido muito sobre a intelligencia dessa prescrição e ainda ha poucos annos em um processo celebra; e, em geral tem-se dado nesta parte á nossa legislação uma intelligencia em harmonia com a legislação franceza, sob o pretexto de que esta é a sua fonte. (Vide os arts. 246 e seguintes do Cod. instruc. crim. franc.)

Cremos que ambas as legislações não são inteiramente semelhantes. A franceza estabelece a regra *non bis in idem* e dá força de cousa julgada, em regra, ás sentenças do processo de instrucção, abrindo uma unica excepção;

## **CAPITULO LXVI.**

### **DO JURAMENTO, COMO COMPLEMENTO DA PROVA IMPERFEITA; DO SEU DEFERIMENTO; E DO JURAMENTO SUPPLETORIO EM PARTICULAR.**

Em materia criminal só se pôde conceber admissível o juramento em duas hypotheses:

a nossa estabelece a regra contraria, mas somente quanto á pessoa do delinquente.

Comparando-se as diversas disposições do nosso Cod. do Proc. sobre a formação da culpa, vê-se que o legislador muito se preocupou com a certeza do delicto. Assim é que, comquanto permitta a pronuncia quando só haja indícios de quem seja o delinquente, não a permite todavia quando só haja indícios da existencia do crime; pelo contrario, quanto a este, exige que o juiz tenha pleno conhecimento de sua existencia.

O art 149 do Cod. do Proc, quanto ás novas informações, só se refere á pessoa do delinquente, mas não á existencia do crime; donde se conclue que o formador da culpa só pode instaurar novo processo, quando pelo primeiro não tiver conhecido quem soja o delinquente, mas tendo sempre pleno conhecimento do delicto; não é assim, porém, quando pelo primeiro não se verifica a existencia do delicto.

Quanto á existencia deste, a sentença de pronuncia é definitiva, como no Cod. franc; ha cousa julgada e é applicavel a maxima *non bis in*



*idem.*

Figuremos um exemplo: o formador da culpa, tendo noticia do um crime de morte por envenenamento, faz o corpo de delicto, e os peritos concluem que houve envenenamento; antes porém de haver sentença de pronuncia, um segundo corpo de delicto feito por peritos profissionaes verifica a não deixar duvida, que a morto proveio de causa natural e conhecida e não de envenenamento; em consequencia o juiz julga improcedente: disemos, por motivo algum é licito reinstaurar processo contra o mesmo indivíduo por esse facto, porque a sentença foi definitiva.

Figuremos agora outro: o corpo de delicto demonstra a existencia do crime, mas o juiz, instaurando o processo contra alguém que era indigitado, não obteve conhecimento sufficiente, nem mesmo por indícios, de que fosse o seu autor; neste caso, emquanto o crime não prescrever, póde o juiz instaurar novo processo contra e mesmo indivíduo, sem excepção alguma, pois o nosso Cod. não o faz como o Cod. franc.

O mesmo se deve dizer dos proessos por crime de bancarrota, que não têm outras regras senão as geraes; e onde a lei não distingue, ninguém póde distinguir.

1.º Ou elle é deferido, do mesmo modo que no civil, pela parte ao seu adversario, pelo accusador ao accusado, como um meio de prova no processo;

2.º Ou então é o juiz que o exige de uma das partes, quer para obter a confirmação das suas declarações (é então um verdadeiro *juramento suppletorio*) quer para illidir os capítulos da accusação; é o juramento purgatorio.

Não obstante terem-se elevado numerosas vozes para sustentar a admissão do primeiro no processo accusatorio (1), cedo reconheceu-se (2) ser esse acto antipathico a todo o processo criminal: o deferimento do juramento suppõe uma especie de pacto, e este não póde haver senão onde fôr admissivel a desistencia a respeito do objecto em litigio. Mas, no crime, trata-se, de ferir pela pena, de privar o réo de direitos inviolaveis, aos quaes elle proprio não póde renunciar; e a sociedade, interessada no descobrimento da verdade e na repressão do delicto, não póde deixar ao livre arbítrio de um particular a faculdade de extinguir o processo. Alem disso, sendo a verdade absoluta o fim do processo, o espirito não póde sentir-se satisfeito por um juramento confirmativo das allegações da parte.

Lei alguma, nem no direito commum, nem em outra qualquer legislação, prescreve o seu uso: deve-se, pois, affirmar, em these absoluta (3), que o juramento não póde

(1) Vide Duranti, *Speculum*, II, e *de Juramenti delatione*.

(2) Malblank, *de Jurispr.* § 45. — Gluck, *Comment.*, XII, p. 169. — Heffter, *Arch. do Dir. crim.*, XIV, p. 60.

(3) E isto tambem nas causas fiscaes, quando a pena é puramente pecuniaria. — Vide, entretanto, Boehmero, *ad C. C. C.*, art. 52 § 3. — Vide em sentido centrario, Malblank, I, c.; e tambem Heffter, I, c. p. 65.

ser admissível, desde que o processo tiver por objecto a applicação de uma pena.

Demais, quando poderia ter lugar? Em dous unicos casos.

1.º Em um, o accusador que não tivesse provado plenamente algumas das suas accusações, seria obrigado a jurar para completar a prova.

2.º No outro, o accusado que não tivesse provado plenamente a sua defesa, mas, para servirmo-nos dos termos usuaes, tivesse feito meia prova, seria admittido ao juramento, para completar a prova que o descarrega da culpa.

Ora, em ambas as hypotheses, nada vemos que justifique o emprego do juramento: no primeiro caso (4), diremos que nunca deveria a lei autorisar o juiz a ordenar o juramento necessario; que mesmo no civil, se existe, não é senão por analogia com o juramento deferido pela parte; que no crime deve ser repellido pelas mesmas razões que fazem não admittir este ultimo; que se parece, sendo reunido ao depoimento de uma testemunha, dar mais peso ás suas palavras, todavia está longe de fazer prova, de desvanecer todas as duvidas, que se elevão em massa contra uma testemunha, que depõe em causa propria.

No segundo caso, o juramento suppletorio nos parece inutil (5); o que se chama *excepções*, não existe no processo criminal; o accusado não é obrigado, para ser absolvido, a provar plenamente a sua defesa; pelo contrario,

(4) Boehmero, *ad Carpzov., quæst.* II4, obs. 1, — Quistorp, *Ensaaios*, p, 310. — Strych, *Oper.* tom. II, diff, 29, § 14. — Martin, *Tratado*, § 72. not. 6. — *Proc. crim. comp.*, do autor, II, cap. 184. — Heffter, I, c. p. 60.

(5) Quistorp, *ibid.*, — Boehmero, *Medit., ad C. C. C.*, art, 141, § 2. — *Proc. crim. comp., ibib.*

a justiça e os principios exigem que a simples verosimilhança das suas allegações baste para repellir a accusação, e fazer pronunciar a sentença de absolvição. Mas tirou-se partido ingenhosamente de uma theoria menos absoluta (vide Heffter L. V.): pretendeo-se que este juramento era muito util ao réo para obter a absolvição plena e completa ; que, de outro modo, a contra prova incompleta só daria lugar á absolvição provisoria. Quanto a nós tambem não nos abala esta consideração, poisque, em nossa opinião, o juramento é sempre inutil: pensamos que deve haver absolvição, desde que as justificações do accusado forem simplesmente verosiveis; ou quando, não sendo ellas mais do que levemente provaveis, houver grave perigo em dar ao seu juramento força plena probatoria. Finalmente, neste caso, seria semelhante ao juramento purgatorio, e, por consequencia, inadmissivel nos paizes em que este não é admittido pela lei.

## **CAPITULO LXVII.**

**DO JURAMENTO PURGATORIO; DA SUA ORIGEM E DOS SEUS PROGRESSOS. QUAL O JUIZO QUE A SEU RESPEITO SE DEVE FAZER.**



Está hoje reconhecido que este juramento nunca foi usado em Roma (1); também se dizia em outro tempo que a sua origem não podia remontar até ao direito canonico (2); mas a opinião contraria vai diariamente ganhando terreno. O que não soffre duvida, é que, já anteriormente

(1) Em materia civil, ha muito tempo que este facto já não é contestado. Quanto ao crime; vide Bienner, *Ensaio historico sobre o processo inquisitorial*, p. 22. — Abegg, *Dissert. histor. e prat. sobre o Proc. crim.*, Bertin, 1833, p. 14, 25.

(2) Bienner, I, c., p. 22. - Abegg, *id*, p. 26. — *O Proc. crim. comp.*, cap. 184.

á era christã, era usado entre os Germanos (3): que o accusado repellia pelo juramento as accusações contra elle articuladas; que os seus companheiros vinhão jurar com elle, corroborando a verdade presumida das suas declarações, e ao mesmo tempo affirmando, pelo seu testemunho, a sua veracidade e innocencia. Este testemunho bastava á sociedade, e o accusado era considerado plenamente justificado (4). Este uso originava-se da constituição intima da sociedade e da familia; differia, na sua fôrma particular, nos differentes povos germanicos (5); mas, por toda a parte, uma especie de associação religiosa ligava entre si os (*Eideshelfer*) conjuradores.

Mais tarde, o direito canonico adoptou (7) as idéas espalhados no povo; a principio deferio o juramento aos seculares e logo depois aos proprios clerigos. Nos primitivos tempos, os membros da sociedade christã também assim, sem outra fôrma de processo, se purgavão da suspeita em que por ventura tivessem incorrido; mas quando o processo inquisitorial se desenvolveo, o juramento purgatorio foi usado nos tribunaes ecclesiasticos (8), e servio para completar a

(3) Kohlerup Rosenvinge, *de Usu juram. in litib.*, Haon., 1815, 18. Rogg, *Instituições judie, dos Germanos*, p. 136, Meyer. — *Espirito, Origem, etc.*, I, p. 300. *Theoria das leis politicas*. V, VII, p. 13.

(4) Vide o *Proc. crim. comp.*, I, cap, 15. § II.

(5) Vide as judiciosas observações de Repp, *Tratado historico sobre o julgamento pelo jury*, Edimbourg, 1832.

(6) Schildener, *Da Associação religiosa dos antigos conjuradores*, Greifswald, 1833.

(7) C. 5, 6, 8. — C. II, *quoest.* 5, Boehm, *de Usu juram, purg.*, § 15, Bienner, p. 27, 25. Abegg, I, c. 32.

(8) C. 19, 20, X, *de Accusat.* - C. 10, X, *de Purg. cass.* — Bienner, p. 21.

defesa do accusado contra quem a inquisição tivesse achado indícios vehementes, mas não inteiramente provados. Os tribunaes seculares, á proporção que se adianta a idade média (9), também admittem os

*conjuratores*; mas a fôrma do juramento é modificada. Em alguns paizes, mesmo nos tempos mais remotos, a lei considerava sufficiente, em certos casos, o simples juramento do réo (10); este principio teve applicação mais frequente á proporção que a instituição dos *conjuratores* perdia diariamente a sua força (11) e a sua actualidade; finalmente, elle tornou-se completamente inadmissível, quando chegou a era da theoria legal da prova.

O proprio juramento purgatorio, desconhecido no direito romano, e não prescripto pela Carolina, talvez tambem tivesse cabido e:n desuso, se os doutores, cuja influencia pratica foi decisiva no processo allemão, não tivessem conservado o seu uso, mas considerando-o, todavia, sob um outro ponto de vista. Carpzow, principalmente, considera-o como um meio de investigação da verdade (12): deferi-lo ao accusado, é sujeitalo a uma tortura moral, e provocar a confissão. Sendo regularmente prestado, destroe todas as presumpções precedentes; mas se a accusado se nega a presta-lo, o seu silencio, sobretudo tratando-se de delicto menos importante, constitue uma especie de confissão tacita,

(9) Vide numerosas particularidades em Giesebert, *Pericul. Statur. harm. pract.*, p. 640, 704. — Dreyer, *Horas vagas*, p. 37. — Albrecht *Doctrin. probat. secund. jus germ*, p. 5.

(10) Vide, por exemplo, os Estatutes de Hambourg, citados nos *Arch nov. do Dir. crim.*, VI, p. 425.

(11) Ainda se a entrontra na Orden. judiciaria da Camara Imperial de 1555, 2a parte, tit. 10, § 1.

(12) *Praxis rer. crim.*, p. III, quæst. 116. — Vide Abegg, I. c., p. III, sobre as idéas de Carpzow e sobre as de seus predecessores.

que autorisa a condemnação. Esta theoria sustentou-se por muito tempo na Allemanha, não obstante ter sido cedo victoriosamente refutada (13): era illogica, porque podia ser completamente prejudicial ao accusado; porque, si se quer considerar o juramento purgatorio como um meio de constrangimento util para a investigação da verdade, deve-se tambem reconhecer que só assim pôde ser considerado, quando o accusado nega-se a presta-lo (14); por quanto se elle Jura, cahe a accusação, e a sociedade deve acreditar não ter elle commettido o crime.

Quiz-se tambem dar a este juramento uma significação analogã a que tem no cível, no sentido de nullificar toda a prova contraria ao accusado, que não fosse plena (15). Com o tempo, as verdadeiras tendencias do processo criminal forão unanimemente reconhecidas na doutrina e na pratica, e o reconhecimento do seu fim fundamental, a verdade absoluta, fez com que, ao mesmo tempo, se demonstrasse não ser admissivel o juramento purgatorio (16).

Que não seja possivel ao juiz, sendo conhecidas as fontes donde emana a verdade segundo a crença do espirito humano, derivar a sua convicção motivada da negação sacramental do réo, ninguem o contesta. Quando o juramento lhe é deferido, está elle em uma posição tão critica, que com razão se pôde presumir que prefira antes jurar e livrar-se dos perigos que o cercão, do que dar, pelo seu silencio

(13) Boehmer, *Jus eccles.*, prot. lib. V, tit 34.

(14) E' o que muito bem demonstrou Abegg, I, c., p. 127.

(15) Martin, *Tratado*, etc., § III. — Stubel, *Proc. crim.*, § 127.

(16) Vide Globig e Huster, *Trat. de Legisl. crim.*, p. 304. — Globig, *Theoria da Probabilidade*, II, p. 99. — Meister, *Do juramento*, p. 105. *Proc. crim. comp.*, II, cap. 135 e vot. 36. — Heffter, I, c., p. 42.

nova força, á accusação. Concordamos que é um appello solemne á sua consciencia que o juiz faz por esse meio (17); que se o accusado conservar ainda um resto de sentimentos moraes, não quererá sebreacarregar a sua consciencia com um perjurio; recorrão entretanto aos acontecimentos habituaes da vida, e digão se o juramento offerece ao magistrado sufficientes garantias, para julgar o accusado capaz de tal esforço de consciencia. Deferir-lhe o juramento, quando ha vehementes presumpções contra elle, é um acto bem temerario; e se as presurapções são leves, é colloca-lo em uma penosa situação; porque, faça o que fizer, sempre haverá entre o povo alguns indivíduos, que acreditem na sua culpabilidade e no seu perjurio.

Do facto de haver recusa em prestar o juramento purgatorio, não se póde concluir que haja confissão: a isso se oppõem o principio da verdade e o que não admite, em materia criminal, a desistencia de direitos por parte do accusado; e, álem disso, o que se póde realmente deduzir com certeza de seu silencio? Não póde provir de outra causa que nao a culpabilidade da sua consciencia? Se, porem, sem se querer ir até o ponto de considerar como uma confissão a recusa do juramento, se a considera ao menos como uma nova presumpção, então deve-se voltar á *absolutio ab instantia*, que podia ser pronunciada, sem que houvesse necessidade de recorrer ao juramento.

A instituição do juramento purgatorio e dos *conjuradores* pertence inteiramente a uma ordem de cousas, que já não existe: a verdade artificial e de pura fórmula, que outrora podia bastar, estaria hoje em flagrante contradicção com

(17) Stubel insisti vivamente nesta consideração, *Proc. crim.* § 1252.

as tendencias do processo criminal moderno (18). O juiz, deferindo o juramento ao accusado, que suppõe culpado, espera que este se recuse a presta-lo; mas, contra a sua expectativa, elle declara estar prompto a jurar: qual não será o seu embaraço? Vai obrigar um homem a jurar, na sua opinião, falsamente! Propoz-se uma applicação mais engenhosa e mais liberal (19) deste juramento; que consistia em deferi-lo somente ás pessoas respeitaveis e merecedoras de confiança, que, não podendo refutar completameate as presumpções contrarias, tambem não podessem ser plenamente absolvidas; esta opinião é igualmente insustentavel. Em primeiro lugar, é muito

difficil, em these geral, determinar quaes as pessoas que merecem ou não confiança. Depois, abre-se inevitavelmente a porta ao arbítrio e ao erro, deixando-se a faculdade de o determinar ao juiz, que de ordinario só conhece o accusado pelas peças do processo. Mesmo assim limitado, o juramento purgatorio cahe diante de todas as objecções que mencionámos mais acima? Quando mesmo se o queira applicar somente aos delictos leves, nem por isso se o justifica (20); grave ou leve, é mister que a pena decretada se funde na justiça rigorosa. A maior parte, das legislações modernas da Allemanha procederão muito sabiamente, regeitando absolutamente o juramento purgatorio (21).

(18) O art. 6 da lei promulgada por Leopoldo para a Toscana em 1785, excluiu formalmente o juramento purgatorio.

(19) Abegg, p. 148.

(20) Tal é o systema do novo projecto de lei para o Hanover § 227.

(21) Vide a Ord. crim. da Pruss., g 382. — Orden. de Baden, sobre o juramento, § 12. — AS novas leis, pelo seu silencio, reconhecem da ordinario que elle já não é admissível.

## **CAPITULO LXVIII.**

### **DA APPLICAÇÃO DO JURAMENTO PURGATORIO NO DIREITO COMMUN ALLEMÃO.**

Tendo variado freqüentemente a theoria do juramento purgatorio nas suas idéas fundamentaes, as condições de admissão deste juramento, e as suas consequencias depois de prestado, apresentam necessariamente variações e differenças notaveis. Mas ha certos princípios sobre os quaes os praxistas geralmente mostram estar de acôrdo.

1.º Este juramento só póde ser deferido ao accusado, quando a este não foi possivel refutar completamente muitas das presumpções contrarias (1). O contrario se dá, quando as suspeitas não são vehementes; pois neste caso nem mesmo poderão servir de base a um processo de instrucção principal; alem disso, o deferimento do juramento constitue um verdadeiro tormento, pois seria tyrania impo-lo a um réo levemente suspeito. Nem é tambem racional deferi-lo ao réo convencido, ou contra quem as provas são tão fortes que a sua innocencia pareça extremamente inverosimil: o perjurio neste caso seria muito de receiar. Em resumo, é mister que haja: verosimilhança do corpo de delicto: presumpções graves contra o réo; mas ao mesmo tempo tambem é mister que a sua innocencia pareça provavel ao juiz: exigindo-se-lhe o juramento, dá-se-lhe um meio de justificação completa (2).

2.º Os precedentes do réo (3) devem fazer esperar que

(1) Quistorp, § 738. — Grolmann, § 505. — Tittmann, *Manual*, III, § 863. — *Proc. crim. comp.*, t. 2, cap. 185, n. 1.

(2) Heffter, I, c., p. 49.

(3) Tittmann, I, c. p. 543. — Quistorp, § 749. - Heffter, p. 48.

elle ainda respeite a santidade do juramento; mas este meio não pôde ser applicado em relação ao homem de mãos costumes ou sem principios religiosos. Em uma palavra, é mister que se verifique incontestavel probidade da parte do réo; o juiz deseja que a sua innocencia lhe permita jurar; e segundo esta theoria, que já combatemos como erronea, o deferimento do juramento lhe parece uma especie de tortura moral, cujos effeitos, no caso de culpabilidade, se manifestão pela recusa do réo.

3.º O delicto, de cujo processo se trata, deve ser leve (4); estando sujeito a uma pena severa, haveria motivo para receiar-se o perigo de uma forte tentação: collocado entre o temor da pena e o juramento, o réo muitas vezes desejaria sahir da difficuldade á custa da sua consciencia. Todavia, alguns jurisconsultos sustentão o que seria injustiça privar o homem, que foi reconhecido honesto até ahi, do direito de assim se livrar de uma grave accusação (5).

4.º Deve ser assignado um termo ao réo sob pena de se considerar recusa o seu silencio; todavia, como os termos peremptorios são contrarios á essencia do processo criminal, basta que o réo apresente um motivo plausivel, para que, mesmo depois de expirado o termo, seja rescindido o lançameuto, e possa ainda ser prestado o juramento (6), não apparecendo novos factos que fação receiar um perjurio (7).

(4) Tittmann, I c., p. 541. — *Arestos crim. do Tribunal Supr. de Mecklenbourg*. I, p 89. - Volkmann, *Tratado do Dir. crim. Saxon.*, § 335.

(5) Heffter, I, c, p. 51.

(6) Stubel, *Proc. crim.* § 1542. — Vide *Proc. crim. comp.*, t. 2, cap. 185.

(7) Abegg, I, c, p. 129.

5.º A formula do juramento, redigida com cuidado e prudencia necessaria, deve ser transcripto por extenso na sentença, a qual ordenará a sua prestação pura e simplesmente (8), sem disposição comminatoria; nunca deve referir-se ás circumstancias já sufficientemente provadas, mas sim áquellas qae se trata de illidir pelo mesmo juramento: por este meio torna-se impossivel qualquer reserva mental.

6.º Sendo prestado o juramento, o ponto de facto, a que se refere, fica d'ahi por diante ao abrigo de qualquer suspeita (9), e a absolvição plena e completa é a consequencia immediata. Constitue uma vehemente presumpção a favor do réo, diante da qual cahem sem valor as presumpções contrarias. Segundo alguns, que só considerão o juramento como uma tortura de outro genero, a absolutio ab instantia é a sua unica consequencia. Mas é levar alem dos limites as consequencias de um systema em si mesmo erroneo.

7.º Como a completa absolvição é o resultado ordinario do juramento, muito justo é que o réo não soffra offensa alguma na sua honra ou na sua posição social: para que elle seja privado das suas dignidades, não obstante a absolvição, é mister, ou que as leis especiaes o ordenem ou que essas dignidades não possam, por sua natureza, continuar a



condecorar aquelle que soffreo um processo criminal preparatorio (10).

(8) Heffter, *ibid.*, p. 55.

(9) Boehmero, *ad Carpzow, quoes.* 116, obs. 8. — Tittmann, III, p. 549 — O *Proc. crim. comp.*; t. 2, cap. 185. — Heffter, *ibid.* p. 56.

(10) Stubel, I, c. § 1270, — Vide *Proc. crim. comp.*, I, c. — Heffter *ibid.*

8.º A recusa de prestar o juramento dá maior força ás suspeitas preexistentes; mas nunca pôde ser considerada como uma confissão tacita (11); seria violar o grande principio que não admite a desistencia em materia criminal. Pouco importa que se trate, ou não, de delictos leves; a regra domina o processo em geral, em todos assuas fôrmas e nos seus diversos modos: é mister uma lei especial para consagrar tal excepção (12). Demais, quando elles assim autorisão a condemnação, em materia de leves delictos, é porque ordinariamente, em relação a estes, dão força plena á prova por indícios (S).

## **CAPÍTULO LXIX.**

### **DAS PENAS EXTRAORDINARIAS.**

A origem da pena extraordinaria prende-se, na pratica

(11) Matin, I, c., § 76 - Stubel, § 786 — Heffter, *ibid.* p. 56.

(12) Nada se pôde concluir das leis ecclesiasticas, C. 8, X, de *Cohabit. clerici.*, ou da Orden. da Camara imperial do justiça, 2ª parto tit. 10, § 2, — Vide o *Proc. crim. comp.*, cap. 185 e not. 22 e 34.

(S) A nossa legislação criminal não reconhece como prova, nem o juramento suppletorio, nem o decisorio. O juramento que presta o queixoso nenhuma força transmitiu á accusação, e somente tem por fim mostrar a sua boa fê na queixa, ou sugeita-lo as penas da lei, se a queixa for calumniosa ou dada de má fê. Já a antiga legislação portugueza prohibia o juramento obrigatorio ou com comminação em materia criminal, mostrando assim que no seu tempo não era inferior á de nenhum outro povo, Ord. L, 3o T. 53, § II, que, não obstante á primeira vista parecer referir-se somente ao réo, todavia a jurisprudencia a ampliou ao autor por identidade do razão, e por argumento de outras Ordd., Vide Repert. Ordd., verb. — *Depor não se é obrigado sobre artigos meramente negativos e criminosos* — nota (b).

allema (1), a theorias que tem variado segundo as épocas. Pôde-se encontrar a primitiva idéa nas opiniões seguidas pelos antigos doutores canonicos (1 bis), que consideravão a fôrma *accusatoria* como a unica regular, e a inquisitoria como somente excepcional; de sorte que o accusado, sendo processado segundo esta ultima, podia ser punido com uma pena excepcional. Era uma theoria falsa e que cedo cahio; mas já os jurisconsultos tinhão feito apparecer a noção da pena de excepção e da sua utilidade nos casos difficeis; por isso, quando foi encetada a grande discussão sobre a prova indiciaria entre os doutores da Italia, muitos delles, achando na pena extraordinaria um expediente commodo, proclamaram o principio da condemnação extraordinaria. Neste comenos, foi promulgada a Carolina na Allemanha: pelo seu art.





22 pea ainda mais a liberdade de apreciação do juiz; proíbe absolutamente a condenação do réo, se a única prova contra este fôr a indiciaria, mesmo no caso de se convencer completamente o juiz da sua culpabilidade ; e os praxistas em massa (2) pronunciarão-se a favor de um systema, na sua opinião, plenamente justificado pela necessidade. A dita pena extraordinaria foi, desde essa época, estabelecida em muitas leis (3), cujos autores quizerão

(1) E' ocioso dizer que no antigo processo Francez, a pena chamada *graciosa ou extraordinaria*, tãoobem só podia ser applicada pelo juiz no caso de prova imperfeita.

(N. T. F.)

(1 bis) Bienner, *Ensaio historico do Proc. inquisit.*, p. 56.

(2) Vide, por exemplo, Carpzow, *Praxis crim.*, quæst. 60º n.36 — 60

(3) Por exemplo, Meister, *Observações practicas*. 1ª parte, p. 1 — 30. - Klein. *Arch. novos do Dir. penal*, t. 1, 2º artigo, n. 2.

faze-la aceitar mesmo sob o ponto de vista de pura theoria. Uns sustentavão (4), que a Carolina, autorizando a tortura, implicitamente reconhecera que podia ser inflingido um mal, um prejuízo qualquer, a todo o accusado contra quem se elevassem fortes presumpções; que, desaparecendo a tortura, podia ser perfeitamente substituída pela pena extraordinaria; e que o dito mal, o dito prejuízo, que nada tem de analogo com a pena ordinaria, era justamente decretado contra o accusado que nelle incorria por sua propria culpa. Outros sustentavão, em apoio da sua opinião, que o grão da pena deve ser proporcional com a prova produzida ; que, não havendo contra o réo senão vehementes probabilidades em lugar da prova completa, a pena tambem deve ser menor (5). Depois vie-rao os sectários da pena preventiva, segundo os qaaes o Estado, assim como tem o direito de restringir a liberdade de todo o individuo perigoso para a ordem social, tem tambem a faculdade de decretar medidas de precaução menos severas contra o indiciado vehementemente suspeito. Outros (6) decidem que, em tal caso, o processo de instrucção deve ser continuado, e que o accusado, por virtude da pena extraordinaria, é posto sob

(4) Vide, por exemplo, a Leopoldina da Toscana, art. 110. -- Vide tãoobem sobre este ponto Carmignani, *Revista critica de jurispr. estrang.*, I, p. 359. - A lei toscaria de 1838 abolio a pena extraordinaria.

(5) Vide as notaveis dissertações sobre a questão proposta para premio pela direcção dos (antigos) *Archivos de direito crim.*, e principalmente as opiniões de Eisenhart (*Arch.*, t. 3. 1 e 2 nos.); de Zachariae (*id.*, 4º

no.) de Bergh (III, n. 6) do Wegin (*id* III, nº 5. — Vide também Stubel, do *Corpo de delicto*, § 226.

(6) Groevell, *Exame do relatório da comissão immediata*, 1ª parte, p. 81, 2ª parte, p. 147.

uma, custódia analoga á detenção preventiva que soffre durante o processo de informação. Uma opinião muito recente faz derivar a pena extraordinaria do seguinte axioma (7): a extensão da culpabilidade se mede pela consciencia que delia tem os juizes; ora, sendo incompletas as provas objectivas, a consciencia deve sentir-se mais fraca, e a pena deve ser menor.

O systema da condemnação extraordinaria teve nos ultimos tempos summa importancia, á proporção que os diversos legisladores, obedecendo a necessidades urgentes, forão mais claramente definindo os poderes do juiz perante a prova indiciaria. Ao passo que a lei prussiana (8) só autorisa a pena extraordinaria, quando a culpabilidade do indiciado é provada exclusivamente pela prova indiciaria, as leis dos outros paizes allemães (9) formulão uma theoria mais completa das provas legaes; excepto a pena de morte, ellas autorisão todas as outras penas só pelos indícios; e como na unica excepção referida substituem a sentença capital por outra menos severa, deve-se concluir tambem que neste unico caso mantiverão a pena extraordinaria.

Em outro lugar desenvolvemos este grave assumpto, e fallámos a respeito do merito desta excepção; e continuaremos a persistir na critica que fizemos, por julga-la fundada.

Ultimamente longas discussões se elevarão sobre o sen-

(7) GANS, *Ensaio sobre a reforma da legisl. pruss.*, nº 1, p. 02.

(8) Ordem crim. da Prussia. art. 405--408.

(9) Vide, acima, cap. 54.

tido da palavra *pena extraordinaria* doCodigo prussiano (10); de todas as doudas dissertações de interpretação doutrinal que apparecerão por occasião deste debate, resulta que a lei neste ponto póde ser entendida de dous modos :

1.º SYSTEMA: — Só no caso de ser completa a prova indiciaria, o legislador autorisa a sentença condemnatoria, a qual, por causa mesmo da fragilidade desta especie de prova, não póde admittir a pena ordinaria, mas somente uma pena moderada.

2.º SYSTEMA: — O legislador quiz simplesmente autorisar o juiz a pronunciar a pena extraordinaria, no caso de haver graves presumpções de culpabilidade.

Se a primeira destas duas interpretações é confôrme ao espirito da lei prussiana, força é reconhecer que, no fundo, esta não differe das outras leis modernas da Allemanha; porque, para ter o juiz o direito de condemnar por indícios, seja qual fôr, aliás, a condemnação, deve haver prova completa, e, como já observamos mais acima, tambem é precisamente esta a condição exigida peloCodigo da Austria, e pelo da Baviera ; mas esse não devia ter sido o pensamento do legislador. O art.

391 (10 bis), que se trata

(10) Vide Jarke. *Arch. novos do Dir. crim.* VIII, p. 135. - Vide numerosas dissertações na revista de Hitzig, nº 1, p. 246; nº 32, p - 309. n. 34. p - 203; n. 46 p. 407. - Zumbach. *Considerações*, p. 376. — Gans. *Ensaio de reforma da Legisl.* 1, p. 92 — A defesa do systema prussiano tinha sido tentada anteriormente pelos *annaes de Klen*, XXIII, p. 441; o por Grovel. 1. c, p. 1- C, p. 147.

(10 bis) Art. 391. « *Deve-se pronunciar uma pena menor do que a prevista pela lei, ou uma pena extraordinaria, sempre que houver contra o accusado provas consideraveis mas não tão completas que se possa considerar o facto como plenamente provado.*

de interpretar, está collocado sob a rubrica: *Dos effeitos da prova imperfeita*; o art. 406 tambem falla desta prova, e suppõe o caso de haver duvida sobre a questão de saber qual competiria na especie, a absolvição da instancia, ou a pena extraordinaria; ora, nos termos do art. 409, não pôde dar-se este caso, senão quando o réo não conseguiu illidir todas as suspeitas. O modo por que o art. 405 falla da prova indiciaria tambem concorre para se concluir que o redactor da lei não quiz designar esta prova somente quando fosse completa. Fnalmente, o proprio art. 409 não falla senão da vehemente probabilidade resultante dos indicios. De feito, se a mente do legislador fosse decretar a pena extraordinaria, teria feito o que fizerão todos os redactores das leis modernas dos diversos paizes da Allemanha: teria determinado sob que condições pôde o juiz considerar esta prova como completa.

O que se deve rigorosamente concluir, depois de profundado exame do texto, é que o legislador quiz simplesmente autorisar o juiz a pronunciar uma condemnação extraordinaria, uma especie de pena dos suspeitos, contra o accusado que continuar a ficar sob a acção de graves, presumpções, quer estas resultem do concurso de numerosos indícios, quer do depoimento de uma testemunha classica ou das declarações dos outros co-réos (11). Nada mais

(10 ter.) Art. 405 « *No caso de concurso de muitos indicios concordantes e corroborados pela immoralidade e notoria má conducta do accusado ha na causa vehemente verosimilhança de culpabilidade, e pode ser decretada uma pena extraordinaria* »

(N. T. F.)

(11) Alem disso é certo que o legislador prussianno só permite esta condemnação quando ha forte razão de considerar a culpabilidade como vehementemente provavel.

é do que a consagração do meio termo ha muito adoptado por numerosos praxistas, e principalmente pelos jurisconsultos prussianos (12), que, no direito commum, sustentão ser admissivel a pena extraordinaria no caso de prova imperfeita (13), e sobretudo se preoccupão com o interesse da segurança publica.

Agora que o systema está conhecido pôde-se indagar qual o seu valor; questão esta que se acha inteiramente incluída na seguinte mais geral: pôde-se justificar (14), em direito

commum, a applicação da pena extraordinaria no caso de prova incompleta? E' facil responder-lhe: no direit-commum, a lei não faz menção desta prova em parte alguma; ainda mais, nos termos do art. 22 da Carolina, não pôde haver condemnação mesmo no caso de prova indiciaria completa; neste ponto nenhuma distincção existe; e' por consequencia, toda a sentença que decreta uma pena extraordinaria é fundada na justiça. Nem ao menos a pratica ordinaria, o uso unanime a consagrarão: pelo contrario, forão sempre pouco numerosos os doutores e juizes que se mostrarão seus sectarios, nunca conseguirão convencer a opinião contraria, que era sustentada pelos mais sabios jurisconsultos.

(12) Heffeter. *Tratado do proc. crim.*, p. 636.

(13) Vide por exemplo Klein. *Da Penna extraordinaria* no caso de prova imperfeita, Berlin, 1803.

(14) Harpprecht. *De eo quod justum est de réo ex poesumpt. convinc.* Erfurt, 1742. — Weismantel. *De condemnat. facinorosor. ex indic.* Erf-1791 — Hans. *De potestate polit. et crimin. nexu et diff.*

Wieselb, 1799. — Holzschuher, *De poena extraord. deficiente probatione plena.* Alton, 1799. — Kleinschrod, *Dissertação do Dir pen.* t. 1 n. 1.

Em regra, a pena extraordinaria nunca deve figurar em uma lei bem conhecida (15).

1.º Em geral, só pôde ter lugar a applicação de uma pena, quando parece justamente merecida, e quando a imputação, de que ella é a consequencia, se elevou até a certeza. Condemnar fóra deste caso, é confundir a pena com as medidas de segurança e ao mesmo tempo destruir a confiança do publico nos arêstos emanados da justiça vingadora dos crimes. A pena não pôde fazer a necessaria impressão sobre os espíritos, senão quando todos ficão bem convencidos de que ella fere o verdadeiro culpado,

2º O principio aqui é absoluto: pouco importa que a pena seja a prevista na lei para os casos ordinarios, ou que seja outra mais moderada, applicando-se ao réo que continou em estado suspeito; por mais leve que ella seja, será sempre uma pena, e o paciente a soffrerá como tal. Infeliz da sociedade que fôr obrigada a reconhecer que ella ferio um innocente! Quando se faz esta distincção entre a pena ordinaria e a extraordinaria, reconhece-se ao mesmo tempo que, se não se ousa decretar a condemnação plena, é porque não se está inteiramente convencido da culpabilidade: distingue-se na pena, que é uma por sua natureza, duas especies bem differentes, a que fere o réo convencido do crime, e a que fere o réo cuja culpabilidade não está plenamente demonstrada. Em tal systema, como poderá satisfazer-se a consciencia do legislador ? Será com a proporção menor do castigo? com a menor duração da prisão no caso de não certeza? Mas, por ser menor, a pena será menos sensivel? Eis um infeliz, que um concurso

(15) Vide sobretudo, o Relatorio da Commissão immediata prussiana

sobre o jury. 2ª parte. — Bayl, *Ensaíos do Dir. crim.*, p. 201. — Vide também Ersted., *Arch. novos do Dir. crim.*, V. p. 645.

fortuito de indícios tornou vítima do suspeitas mal fundadas; foi condemnado á pena extraordinaria, a urna prisão de 4 annos: se elle é innocente, quem o indemnizará dos tormentos corporeos e moraes da prisão? Quem lhe restituirá, a elle é a sua familia, o inestimavel thezouro da sua saude destruida, do seu bem estar arruinado?

3.º Ainda menos do que em qualquer outro se póde comprehender a instituição da pena extraordinaria no systema da theoria legal da prova. Ha aqui um principio essencial; o juiz só póde considerar o facto como certo, quando verificado pelos meios que a lei determina, e estaudado satisfeitas todas as condições legaes em relação a estes. O legislador, construindo o systema das provas legaes, baseou-se na razão e na experiencia; e exige absolutamente o cumprimento de certas condições, que aquellas demonstrão serem essenciaes e necessarias para affirmar a credibilidade. Daqui vem decidir elle que uma só testemunha não faz prova plena, mas sim duas pelo menos; que a confissão seja feita em juízo e concorde com as outras circumstancias.

Autorisar a pena extraordinaria é destruir com um rasgo de pena o edificio que elle acaba de estabelecer; é, por uma deploravel inconsequencia, permittir ao juiz o considerar como *quasi-certo* um facto cuja certeza não foi verificada nos proprios termos das regras legaes, e como tal applicar-lhe uma pena, menor se o quizerem, mas que não deixa de ser uma pena. Para o condemnado innocente, pouco importa que a sentença o condemne á prisão por 8 ou 4 annos; esmaga-o uma palavra terrivel, a do juiz que de facto o assemelha ao verdadeiro culpado, e lhe intima a pena. De que serve ter tão minuciosamente descripto as condições da certeza legal, ter declarado haver duvida sempre que ellas não foram preenchidas, se voltando atraz, permite-se a condemnação, quando a duvida existe? A theoria legal da prova exige necessariamente uma regra absoluta: só póde ser reconhecido culpado aquelle, cuja culpabilidade é com certeza demonstrada pelos meios de prova prescriptos; deixar de ser reconhecido culpado, é ser innocente aos olhos da lei; e contra um innocente não se póde decretar a pena!

4.º Quando a pena extraordinaria é permittida, o perigo, que aliás sempre existe, de ferir um innocente, ainda se augmenta: deixando ao juiz a faculdade exorbitante de condemnar por simples suspeita, por probabilidades nimiamente duvidosas, a lei tudo abandona ao seu arbitrio: com effeito, que regras o poderão guiar na apreciação das suspeitas a que dá lugar a instrucção da causa? Em materia de certeza elle tem sempre presentes os preceitos formulados pela razão, as prescripções sancionadas por uma longa experiencia: a sua attenção e a sua consciencia estão despertadas no mais subido gráo, quando decreta a pena ordinaria; mas não havendo na causa mais do que presumpções, do que probabilidades, só pisa em terreno vacillante e indeciso; não póde dar a si proprio conta exacta dos motivos; o seu character individual, a sua propria personalidade lhe impõe, sem que elle saiba, a sua irresistivel influencia; e então é quasi impossivel muitas vezes que elle não adopte as bases fallases de uma condemnação não merecida. Além disso, tem-se notado muitas vezes, que, nesta occasião, a sua costumada severidade abrandase e faz-se timida, só por ter de pronunciar uma pena extraordinaria.

5.º Depois de cumprida esta pena, os effeitos podem igualmente ser espinhosos para o juiz. Figure-se o caso do réo, assim condemnado, ser mais tarde plenamente reconhecido o autor do crime, de se provar,

depois de ter elle cumprido a pena do 10 annos de prisão, como autor provavel de um roubo, a que extraordinariamente foi condemnado, ter sido elle o verdadeiro culpado, ou polo depoimento de duas testemunhas, ou pela sua confissão regular; se o crime de que se trata é daquelles que a lei pune com a morte, o que se deverá decidir (16)? Deve-se deduzir a pena extraordinaria da pena principal, por exemplo, no caso de uma pena de prisão, o réo condemnado deve simplesmente ser preso pelo tempo que restar, fazendo-se a dedução do tempo de prisão já soffrida? Mas esta theoria não se póde applicar a todas as hypotheses: como po-la em pratica no caso precitado, tratando-se da pena de morte? O condemnado soffreo já dez annos de prisão, dez annos de uma pena que a lei não impunha especialmente ao seu crime: ousar-se-ha depois executa-lo? Será um cruel expediente, diante do qual se deverá recuar. Applicar-se-ha o systema das compensações; substituir-se-ha a um castigo por demais rigoroso um outro menor? Mas então ter-se-ha sempre de decretar uma pena extraordinaria! Si se a considerar como a pena regular, como a pena realmente merecida, em relação ao estado do processo, força é, por consequencia, reconhecer tambem que ella extingue o crime; que o legislador, decretando-a quiz fazer uma especie de beneficio ao culpado (17), e que

(16) Sobre esta questão vide Hitzig, *Revista* n. 32, p. 309, n. 34, p. 203. — Abegg, *Dissertações histor. e praticas*. Berlin, 1833, p. 254.

(17) Por exemplo, se a lei do paiz não permite a pena de morte por simples indícios, por mais completa que seja (disposição que frequentemente se encontra nos Codigos modernos da Allemanha); e se, no fim de alguns annos o réo condemnado á reclusão perpetua, confessa regularmente, não poderá passar pela mente de ninguem a idéa; de poder ainda sor applicada a pena de morte.

em vazão do menor grão de certeza dos factos conhecidos pelo juiz, julgou dever reduzir o castigo previsto na lei. Ainda, mais, quando apparecer a prova completa, da culpabilidade, é um contra senso a pena suplementar. Tudo isto revela que o legislador encontra difficuldades, sempre que se obstina a seguir um systema em opposição aos principios, systema, que aliás é completamente inutil quando a theoria da prova assenta sobre bases largas e sabias, e quando sobretudo concede, nos competentes casos, prova plena aos indícios. Com effeito, aqui vemos que a pena commum é perfeitamente applicavel na maior parte das causas, ás quaes, até aqui, julgava-se dever applicar a pena extraordinaria; e se nos outros processos os indícios são demasiadamente fracos para servirem de base a uma condemnação, a lei procederá com acêrto em proscreve-la pelo perigo de poder o juiz ferir um innocente.

Mais acima indicámos summariamente as diversas theorias pelas quaes se tentou legitimar a pena extraordinaria. Todas essas theorias são falsas.

Querer medir a pena pelo grão das provas contra o accusado, é não se lembrar da sua verdadeira natureza que é a consequencia legitima e merecida do delicto commettido pelo réo. Uma e indivissivel na sua essencia, ella se harmonisa no seu todo, nos termos em que a lei o determinou, com a noção da culpabilidade, que é tambem indivissivel; o que equivale a dizer, que seria impossível considerar a metade da pena



como constituindo a balança exacta da culpabilidade meio reconhecida. Para o magistrado só ha culpabilidade possível, quando na sua manifestação se satisfazem todas as exigencias da lei.

Neste sentido não ha grãos na certeza, ella existe, ou não existe; os factos, cuja prova não póde chegar até ella, conservão-se na região da duvida ; ora, parte alguma da pena póde corresponder á duvida, por mais numerosas e vehementes que sejam as presumpções, ficão sem effeito em quanto não podem illidir as presumpções contrarias. E' certo, que muitas vezes acontece ficar redusida a pena ordinaria, faltando certos caracteres aggravantes do delicto; mas, em todo o caso, a certeza não é menos completa em relação aos caracteres do facto constitutivo da culpabilidade attenuada. Tomemos um exemplo: uma moça é processada por crime de infanticídio com premeditação; as presumpções são vehementes, e não obstante a prova não é completa; mas, ao menos, é certo que ella causou a morte de seu filho por uma negligencia culpavel; deverá haver, na especie, condemnação por homicidio involuntario. Mas, como se vê, é sempre o pena ordinaria e legal que fere o accusado, e não uma pena extraordinaria. Porém se o parto nem mesmo é certo, se não está provado que a criança vivesse depois de nascer, por mais criveis que sejam as presumpções, não ha condemnação possível, em direito, é rigorosa a seguinte alternativa: ou o réo é culpado de homicidio, e neste caso deve-se applicar-lhe a pena ordinaria, ou não resulta da instrucção ter elle commettido o crime, e então deve ser absolvido.

Os sectarios do systema preventivo tentarão algumas vezes justificar a pena extraordinaria, considerando-a como uma menos severa medida de precaução, de defesa, que poderia perfeitamente ser tomada contra todos aquelles, cuja culpabilidade parecesse vehemente provavel; mas esse edificio de uma theoria preventiva não póde sustentar-se por um só momento, e as induções que delia se tirão cahem com ele. Demais, seria fazer grave injuria ao systema de segurança imaginado por muitos autores dignos de consideração o querer dedusir d'elle a legitimação da pena extraordinaria. Todo o systema de segurança bem entendido deve ser ao mesmo tempo um systema de direito penal; deve, assim como qualquer outro, ter por base a justiça, e não póde autorisar a condemnação senão em relação aos individuos que se prova serem culpados. Não ha duvida, que contra um cidadão suspeito e perigoso podem ser tomadas certas medidas, certas garantias; mas estas são do dominio exclusivo da policia, e não podem conter os caracteres da pena.

Finalmente, lembremo-nos que uma outra opinião muito singular sustenta que o processo de informação pode ser reinstaurado contra o indiciado que continua a ficar sob a acção das suspeitas, e a pena extraordinaria, por uma especie de analogia, entra na cathegoria das detenções preventivas. Mas dar ao Estado o poder de prolongar ao infinito os processos, não será ir de encontro aos principios fundamentaes do processo criminal (poisque, sob este pretexto, o processo de instrucção deve continuar, emquanto restarem suspeitas)?

Seria voltar, por caminho obliquo, á tortura e querer arrancar uma confissão ao accusado fatigado pela lentidão e pelas angustias do processo. Tanto no processo accusatorio, como no de inquisição, o accusado tem incontestavel direito de requerer o encerramento do processo, logo que o accusador produz as suas provas, o seu julgamento pelo allegado e provado nos autos, e que se decida entre elle e o accusador (ou entre elle e a sociedade, que é parte publica, no processo inquisitorial) da procedencia ou improcedencia da accusação. Alem disso, no systema que combatemos, a pena extraordinaria não deveria ser cumprida senão em uma casa de detenção preventiva: e no entanto vemos que ella resulta de uma sentença de condemnação, que é executada em um estabelecimento penitenciario, que reune, em uma

palavra, todos os caracteres da pena propriamente dita. Em resumo, diremos que a pena extraordinaria, no caso de prova incompleta, não pôde ter defesa aos olhos da sã razão; ella é uma flagrante injustiça; nada pôde purga-la desta censura, e os seus proprios sectarios recuão, por um instincto infallivel, diante das consequencias que se poderião tirar dos seus sophismas (S.)

## **CAPITULO LXX.**

### **DOS MEIOS DE SEGURANÇA PERMITTIDOS NO CASO DE PROVA INCOMPLETA.**

Alguns autores preocuparão-se com os perigos a que estaria exposta a tranquillidade publica, se o accusado, não obstante a força das presumpções, fosse plenamente absolvido, por não ser completa a prova (1); e para evitar um inconveniente que lhes parecia muito grave, exigirão, para este caso, um systema de meios de *segurança*. Uns tinham um fim occulto, o de introduzir na lei, como por fraude, a pena extraordinaria, cuja defesa não ousavão tomar abertamente; outros baseavão-se de boa fê nas prescripções

(S) O systema das penas extraordinarias é desconhecido pela nossa legislação, que prohibe qualquer condemnação só por indícios por mais vehementes que sejam, Cod. Crim art. 36; e que não permite applicar senão as penas decretadas na lei conforme os graos da culpa, e por crimes nella definidos, Cod. Crim. Art: 33. Mesmo o arbitrio dos juizes a que este art. se refere, não tem logar senão em delictos leves e com limites traçados pela lei.

(1) Kleinschrod, *Dissertações; Da Prova imperfeita*, § 12. - Ranft *Da prova*, § 218.

da Carolina (2), interpretada a seu modo ; finalmente outros, partindo do principio geral da política administrativa, classificarão estas medidas entre as attribuições necessariamente conferidas ao Estado em materia de policia (3).

Quanto aos primeiros, nada temos a accrescentar ao que dissemos no capitulo precedente.

Quanto aos segundos, diremos que a Carolina não justifica de modo algum o seu systema; a disposição (4) de que se prevalecem, refere-se simplesmente ao caso de ser um individuo indicado por *factos juridicamente provados* como perigoso para a segurança publica, ou para certas pessoas particulares; é nesta unica especie que a Carolina autorisa o juiz a exigir, *a requerimento da parte ameaçada*, uma caução do individuo suspeito (5), sob pena de prisão. Mas d'ahi ao caso muito differente de se prender, por medida de segurança, o accusado absolvido por falta de prova, ha grande distancia, (6). A Carolina suppõe antes de tudo a existencia legalmente reconhecida dos factos cujo resultado é mostrar ser um individuo perigoso o seu autor; é mister que elle tenha, ou violado o *juramento de banimento*, *juramento de não se vingar daquelles que o*

(2) Argumenta-se com os art. 176, 195 da C. C. C. — Vide Konopak, *Arch. novos do Dir. crim*, III, p, 501.

(3) Lotz, os mesmos *Archivos*, V, p. 208; *Ensaio sobre o Dir. constitucional*, Darmstardt, 1833, n. 1, p. 74.





(4) Art. 176.

(5) Esta disposição é obrigatória, ou facultativa para o juiz? A questão é controvertida. Vide Kress. *ad C. C. C.*, ad art. 176, § 2. n. 3.

(6) Gesterding, *Arch, novos do Dir. crim.*, III, p. 590.

*banirão, e de não voltar ao lugar donde foi banido*, ou ameaçado seriamente um cidadão de o fazer victima de um crime.

E' verdade que o art. 178 tambem falla de outras causas, de outros factos de natureza terrivel; mas estas palavras, comparadas com a precedente disposição, assim se devem entender; podem haver outras causas de perigo analogas ao banimento quebrado por exemplo, mas resultando sempre *de um ou muitos factos demonstrados*: alem disso a Carolina, referindo-se a este mesmo art. 178, decide que, não se elevando a tentativa até o grão punivel da escala criminal, o juiz tem a faculdade de ordenar a applicação das medidas de segurança : tal seria o caso de ter havido sómente certos actos preparatorios, o de não poder a tentativa ser sugeita á condemnação por ter sido executada por meios completamente nullos, etc., etc. Mas quando se quer decretar os meios de segurança no caso de prova não completa, só se tem uma presumpção por ponto de partida, entretanto que a Carolina, no art. 176, exige um *facto anteriormente provado*: quer-se positivamente infligir um prejuizo ao accusado, porque se julga possivel ter elle commettido o crime. O receio que se tem pelo futuro é somente motivado por alguns indícios ; ora. quando é certo o crime, objecto da informação, quando não se provou ser o accusado o seu autor, o que levará a crer que elle mais tarde poderá commetter outros crimes?

Os principios geraes de politica administrativa tambem não autorisão as medidas de segurança no caso de prova não completa: o unico argumento que se pôde fazer valer é o seguinte:

Quem *commetteo um crime*, mostra uma tendencia criminosa que o pôde arrastar a commetter outros. Mas, em primeiro lugar, este raciocinio, tomado em sentido absoluto, é muitas vezes falso: ha crimes (7 e 8) que por sua natureza são o resultado de um assomo momentaneo, de um accesso de colera, ao qual pôde algumas vezes estar sujeito o mais nobre dos homens; e quando este teve a desgraça de commetter tal crime, não será o mesmo a mais terrivel das lições para elle? Pode-se acreditar que no futuro desconheça os perigos deste fatal arrebatamento: e que os males que elle proprio sobre si acarretou não o ponhão de sobre aviso? Os meios de segurança são aqui sem duvida inuteis, como tambem o são sempre que o condemnado não possuir mais os meios physicos de perpetrar um novo crime (9). Com efeito, o direito do Estado em cada especie é proporcional á extensão do perigo ; este por sua vez é determinado pelo grão mais ou menos elevado da prova; e mesmo as medidas não devem, sob pena de injustiça, ultrapassar o alcance do perigo.

Mas, quem pôde determinar este perigo e a sua extensão? Por quanto tempo durarão as medidas applicadas? Será possivel marcar-lhes o termo por sentença? Dever-se-ha tomar em consideração a attitude do accusado perante a justiça? E deixar-se-ha este penar no fundo de uma prisão, emquanto não se desvanecer todo o receio? Não tendo respostas satisfactorias todas estas questões, dizer que só o arbítrio do juiz pôde decidir, é demonstrar com uma palavra

(7) Ainda faremos notar que ha sempre *um facto preexistente e verificado*, o que não existo no caso de prova não completa,

(8) Tal é o homicidio em cousequencia de um golpe ou ferimento sem

intenção de matar.

(9) Pode-se citar, como exemplo, a maior parte dos attentados contra o pudor.

a falsidade do principio. Não vamos certamente até ao ponto de contestar á autoridade o direito de garantir a tranquillidade publica contra os attentados de indivíduos reconhecidamente perigosos: sobre os vagabundos e mesmo sobre todos os outros que não forão sujeitos a um processo de informação, sobre os condemnados soltos depois de cumprirem a pena (10), a policia póde e deve possuir os meios de uma util vigilancia. Nem mesmo lhe negaremos um direito, até certo ponto analogo, sobre os accusados que, depois de concluído o processo de informação, forão absolvidos, não obstante vehementes presumpções em contrario. Nos paizes em que ha casas de correcção e asylos, onde são recolhidos os individuos cuja vida desordenada, falta de meios de subsistencia, e conducta ameaçadora para a tranquillidade publica excitão a solicitude do poder, tal providencia talvez pudesse, algumas vezes, ser tomada contra os indiciados simplesmente absolvidos da instancia (11): mas erigir esta faculdade em regra geral,

(10) Aqui se prende a questão da *vigilancia* no systema da lei francesa; questão longamente debatida na theoria e na pratica: basta dizer que a lei 1832 attenuou consideravelmente os ligores desta mádida. Vide, quanto ao mais, o artigo do autor nos *Arch. novos do Dir. crim.-XII*, p. 337. (Vide tambem Legraverend, *Legislação crim.*, t. 1. cap. 9, secção 2ª, comparado com Chauveau-Adolphe e Faustin Helie, *Theoria do Cod. penal*, t. 1, cap. 6, p. 310-236, 1 edição.)

(N. T. F.)

(11) Não ha necessidade de observar que na França estes principios são inapplicaveis: ahi só ha *vigilancia* nos casos determinados pela lei e como pena accessoria a uma condemnação cumprida, o por consequencia quando houve crime preexistente e demonstrado. Fóra desta regra, a vigilancia da policia não deve deixar-se ver, nem sentir; ella nunca embaraçará a liberdade dos cidadãos; todavia a lei, por excepção da regra autorisa os asylos de mendicidade.

em relação a todo o indiciado absolvido, ou decretar que o individuo absolvido póde ser pela mesma sentença condemnado a uma detenção do segurança, seria fazer do juiz um órgão de tyrania. Esforcem-se, quanto quiserem, em disfarçar este abuso do poder sob uma denominação menos terrivel, os cidadãos não se illudirão, e a sua antipathia apparecerá (11) (S).

## CONCLUSÃO.

As leis penaes e as leis do processo criminal têm um duplo fim; si se quizer que ellas sejam fôrtes e efficasas, si se desejar a conservação solida, da ordem e da paz publica, é mister ainda que, os cidadãos tenham a firme crença de que o innocente jamais deve temer uma injusta condemnação. A lei penal e o juiz só podem querer a vîctoria da verdade: dar entrada nos tribunaes ás preocupações estranhas ou tendo

relação com a política, é concorrer para que elles desçam da sublime altura da justiça; é privar o Estado de uma das fontes mais fecundas da sua prosperidade (l). (S)

(S) A vigilancia sobre a prevenção dos crimes segundo a nossa legislação (Cod. do Proc. art. 12. Reg. 31 Janeiro 1842 art. 66 § 1) não tem esse character positivo descripto pelo autor e por elle condemnado. Entre nós essa vigilancia não embaraça a liberdade do cidadão e nem o offende.

(l) Chegado ao fim desta obra, o leitor deve ter-se convencido, pe-los desenvolvimentos do theoria e historia, dos progressos notaveis que diariamente faz a doutrina da prova. Mesmo na Allemanha, os detestaveis meios do juramento purgatorio, e da absolvição provisoria da instancia, forão reformados por leis modernissimas. O primeiro só é admittido no Hanover e em alguns pequenos Estados saxonicos;

o segundo, que viola abertamente o principio — que em materia de prova não ha meio termo, e que todo o accusado, não convencido, deve ser plenamente absolvido, foi objecto de vivas reclamações das camaras de Hesse e de Wurtemberg; infelizmente os governos apegão-se tenazmente as velhas instituições; pois o processo badez só abolio a *absolutio ab instantia*.

Todos estes progressos que assignalamos attestão a insufficiencia das *antigas theorias da prova legal*: em materia de prova o juiz deve ter maior latitude, o alem disso é impossivel prescrever regras fixas á sua convicção. Já era muito não força-lo a declarar provados os factos, desde que certas condições se achassem cumpridas, e de não autorisa-lo a isso se não quando, alem do cumprimento destas condições, elle tivesse convicção sua. Mas esta theoria puramente negativa, exclusivamente introduzida *a favor do accusado*, como o diz com razão M. Bonnier (p. 609), prestava-se ainda a bastantes censuras (Vide principalmente o notavel artigo de Cherbuliez na *Biblioteca universal* de Genebra, 1845, n. 118, Outubro, p. 246.) O seu fim foi fixar ao magistrado o *minimum* da prova necessaria para a condemnação; mas os juizes regulares da Allemanha, applicão-na maquinalmente e tranformão-na, de negativa que era, em theoria realmente *positiva*. Creada para excluir a condemnação em certos casos, parece hoje ter por fim o contrario. — Tempo virá, e não está longe, em que por fim será necessario abandonar completamente o systema da prova legal, e tirar aos juizes effectivos e jurisconsultos a attribuição de proferirem a sentença para a conferir aos jurados. Então só se terá uma unica questão a resolver: dever-se-ha preferir ao systema do jury francez, o seguido na Inglaterra, na Escessia e na America do Norte? O veredictum dos jurados não deverá estar sujeito a observação de certas regras de prova (*rules of evidence*) como nos tres ultimos paizes acima apontados? Sob este ponto de vista, uma doutrina de provas tal come a exposta no presente livro, conserva todo o seu valor. Mas então é mister considerala como o fizeram muitos autores inglezes por nós já citados Chyty. Roscoe, Philipps e Starkie, e sobretudo o Americano Greenleaf, no seu tratado especial sobre a lei da prova (*Treatise on the law of Evidence*). Boston, 1844. Esta doutrina o algumas palavras de lord Erskine farão perfeitamente comprehender as suas tendencias: « *Os principios da lei da prova tem o seu fundamento na philosophia da natureza, na caridade da religião, na verdade da historia e na experiencia da vida commum* (\*) ». »

(\*) « *The principles of the law of evidence are founded in the philosophy of nature, in the charities of religion, in the truths of history and in the experience of common life.*

(S) Já depois de concluído e quasi todo impresso este trabalho, foi promulgada a Lei de 28 de Setembro deste anno: portanto só della podemos fallar nesta nota final, e resumidamente.

Saudamos a reforma, porque, mesmo com os seus defeitos não deixa de ser um grande melhoramento, não obstante a obscuridade na redacção e a confusão na distribuição das materias.

Começou-se a separar a policia da justiça; regulou-se mais larga e liberalmente o recurso de *habeas-corpus*; nas restricções da prisão, e na ampliação da fiança deo-se mais garantia a liberdade individual; melhorou-se o processo criminal em todos os seus termos.

Mas o legislador julgou que ainda, não era tempo de passar da forma mixta para a forma accusatoria pura: continuou em vigor a condemnação da prova indiciaria e por consequencia da prova circumstancial; a appellação official do juiz de direito das sentenças do tribunal do jury no caso do § 1 do art. 79 da lei de 3 de Dezembro de 1811 com alguma modificação sobre os effeitos da appellação; o julgamento do certos crimes por juizes regulares e sujeitos á theoria legal da prova.

Defeitos tem a lei; mas quasi que desaparecem em face do melhoramento da reforma. Todavia ha alguns que merecem reparo: o legislador não attendeo aos reclamos da opinião publica sobre a competencia do juiz para conhecer do crime de injurias, e mormente das injurias impressas; não concedeo ao accusado os mesmos direitos de dar prova na formação da culpa, como tem o accuaador, permittio a prisão em certos casos sem mandado e ordem regular nos crimes inafiançaveis, dando no § 3 do art. 13 (excepção da regra do § 2) um arbitrio á autoridade policial e juiz de paz, que poderá degenerar em injusta violencia, finalmente, deo aos membros do tribunal da segunda instancia a presidencia do jury, tribunal da primeira instancia; ora subsistindo a appellação de que já fallamos é obvio que a opinião desse presidente deve naturalmente influir na decisão do recurso; alem de que essa reforma encontrará na applicação grandes embaraços praticos, Mas, não obstante, ella merece encomios.

FIM DA OITAVA E ULTIMA PARTE.

## ADVERTÊNCIA

Antes do concluída a impressão desta obra foi prematuramente arre-batado pela morte o traductor della, o Sr. Dr. Alberto Antonio Soares. Dotado de vasta intelligencia e não menos vasta erudicção, era o Dr. Alberto um dos ornamentos do fôro, e nelle perdeu o paiz um de seus mais esparançosos filhos.

Não tendo elle podido rever a obra, é possível que seja muito incompleta a seguinte

## ERRATA (\*)

| PAGINA | LINHA | ERRO |
|--------|-------|------|
| EMENDA |       |      |

|                   |    |                        |                |
|-------------------|----|------------------------|----------------|
| 6                 |    | 17                     | redicula       |
| ridicula          |    |                        |                |
| 14                |    | 2                      | accurado       |
| accuzador         |    |                        |                |
| 16                |    | 24                     | izolada        |
| izolado           |    |                        |                |
| 17                | 10 | é pena                 | á              |
| pena              |    |                        |                |
| 29                |    | 18                     | pande          |
| póde              |    |                        |                |
| 45                |    | 5                      | confissão      |
| convicção         |    |                        |                |
| 45                |    | 11                     | accurador      |
| accusado          |    |                        |                |
| 83                |    | 4                      | proporcionar   |
| proporciona       |    |                        |                |
| 143               | 21 | os levava              | o              |
| levava            |    |                        |                |
| 149               |    | 6                      | manhao         |
| manhã             |    |                        |                |
| 153               | 19 | a fallarem             | a              |
| fallar em         |    |                        |                |
| 175               |    | 15                     | verociveis     |
| verosimeis        |    |                        |                |
| 189               |    | 18                     | sahem circulo  |
| sahem do circulo  |    |                        |                |
| 213               |    | 10                     | defende        |
| depende           |    |                        |                |
| 213               |    | 22                     | sensilvemente  |
| sensivelmente     |    |                        |                |
| 216               | 11 | se delles tirar delles | se             |
| deve tirar delles |    |                        |                |
| 259               |    | 11                     | mais           |
| mas               |    |                        |                |
| 275               |    | epygraghe              | Do recurso das |
| Do concurso das   |    |                        |                |
| 294               |    | 14                     | de insperar    |
| inspirar          |    |                        |                |
| 396               |    | 7                      | deferemento    |
| deferimento       |    |                        |                |

(\*) Emendado um erro, ainda quando se reproduza não o tornaremos a emendar.